Fälle passiver Solidarität im deutschen, französischen und englischen Recht.

Eine rechtsvergleichende Studie.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Edith Schmitt

Referendarin in München.

Greifswald.

Druck: Emil Hartmann.

1927.

Eingereicht am 13. November 1926.

Referent: Prof. Dr. Müller-Erzbach
Correferent: Prof. Dr. Neumeyer.

Tag der mündl. Prüfung: 14. März 1927.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Problemstellung 1
§ 2. Kurze Zusammenfassung der wichtigsten Bestimmungen des römischen Rechts 12
§ 3. Allgemeiner Überblick über das geltende deutsche, französische und englische Recht 16

I. Allgemeiner Teil.

1. Kapitel.

Der Zusammenhang der mehreren Verpflichtungen und das Verhältnis der Verpflichteten zum Gläubiger.

A. Zustandekommen und Zweck der solidarischen Verpflichtung:
§ 4. Entstehungsarten 22
§ 5. Die Verpflichtung jeden Mitschuldners auf das Ganze und das Wahlrecht des Gläubigers 28
B. § 6. Die Möglichkeit verschiedener Modalitäten für die verschiedenen Leistungen 31
C. Veränderungen des Schuldinhalts in der Person eines Schuldners
§ 7. Verzug und Verzugszinsen 32
§ 8. Verjährung 35
§ 9. Vergleich und Novation 37
§ 10. Verschulden und verschuldete Unmöglichkeit 40
D. Wirkt die Befreiung eines Mitschuldners auch zugunsten der übrigen?
§ 11. Zahlung und Erfüllungssurrogate 42
§ 12. Aufrechnung 43
§ 13. Konfusion 44
§ 14. Erlaß 46
§ 15. Urteil und Rechtsmitteleinlegung 48
E. Einwendungen
§ 16. Einreden, die allen Mitschuldnern zustehen 53
§ 17. Einreden, die nur einem Mitschuldner zustehen 55

2. Kapitel.

Die Verpflichtungen der Mitschuldner untereinander.

§ 18. Die Beziehungen der Mitschuldner und die Pflicht zur anteilsmäßigen Beitragsleistung 56
§ 19. Das Rückgriffsrecht 57
§ 20. Art der Haftung der Regreßverpflichteten und Haftung für den Ausfall bei Insolvenz eines Mitschuldners . . . 61

Seite

Anhang zum ersten Teil.

§ 21. Einige Bemerkungen über Unteilbarkeit 63

II. Besonderer Teil.

Einzelne Solidaritätsfälle.

1. Kapitel.

Solidarität kraft Gesetzes.

A. Fälle, in denen unter den Mitschuldnern ein Vertrag oder vertragsähnliches Verhältnis besteht.

§ 22. Gesellschafter 67

§ 23. Mitbürgschaft 74

B. Solidarität auf Grund Delikts oder deliktsähnlicher Tatbestände.

§ 24. Gemeinsames Delikt. Allgemeines 77

§ 25. Einzelne Anwendungsfälle 81

§ 26. Fortsetzung 85

§ 27. Haftung mehrerer Vermögensverwalter. Mehrere Testamentsvollstrecker 90

§ 28. Mehrere Vormünder 93

§ 29. Vorstandsmitglieder eines Vereins 95

C. Sonstige Fälle von Solidarität kraft Gesetzes

§ 30. Miterben 97

§ 31. Solidarität von Ehemann und Ehefrau 99

§ 32. Doppelversicherung 104

2. Kapitel.

Solidarität kraft Rechtsgeschäfts.

§ 33. Kumulative Schuldübernahme 107

3. Kapitel.

Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob echte Solidarität vorliegt.

§ 34. Dieb und Versicherer 110

§ 35. Mehrere Auftraggeber 119

§ 36. Mehrere Leihnehmer 123

§ 37. Mehrere Wechselverpflichtete 126

§ 38. Bürgschaft 129

III. Teil.

Zusammenfassung und Ergebnis.

§ 39. Der heutige Zustand in Deutschland 133

§ 40. Die gegenwärtige Rechtslage in Frankreich 135

§ 41. Die englische Stellungnahme 137

§ 42. Vergleich der drei Systeme u. Nutzbarmachung des Ergebnisses 139

§ 43. Vorschläge de lege ferenda 145

Literaturverzeichnis.

Deutschland.

A. Systematische Werke:

Borchardt: Handelsgesetze des Erdballs, Berlin.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen, Berlin 1900.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl. Stuttgart 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1905.

— Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen in Jhering's Jahrbuch 1896, Bd. 35, 100 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9.—11. Aufl. Marburg 1919.

Eisele: Korrealität und Solidarität im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 77, S. 374.

Fuld: Mietrecht, Leipzig 1898.

Guhl: Kennt das schweizerische Obligationenrecht einen inneren Unterschied zwischen Korrealität und passiver Solidarität? Dissertation Leipzig 1908.

Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Kuhl, Schaffeld und Schmitt: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Nürnberg und Leipzig 1923.

Kisch: Handbuch des Privatversicherungsrechts, Berlin u. Leipzig 1920

— In Grünhuts Zeitschrift Bd. 29, S. 311 ff. über Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Recht in Bd. VII, H. 1 der Abhandlungen zum deutschen Privatrecht und Zivilprozeß.

Klingmüller: Unechte Gesamtschuldverhältnisse in Jhering's Jahrbuch Bd. 64, S. 31 ff.

Last: Anspruchskonkurrenz, Leipzig 1908.

Mitteis, Ludwig: Individualisierung der Obligation, Leipzig 1886.

— Passive Gesamschuldverhältnisse in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 14, S. 419 ff.

— Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches, Leipzig 1891.

— Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletian's, Leipzig 1908

— -Wilcken: Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde.

Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 3. Aufl., 1913.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1919.
— Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 73, S. 135 ff.
— Gefährdungshaftung und Gefahrtragung im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 106 f. 309.
Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Recht, Berlin W 1906.
— Vorteilsausgleichung, Berlin und Leipzig 1904.
Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht, I. Teil, Leipzig u. Berlin 1909.
Rabel: Das römische Privatrecht in Holtzendorff-Kohler's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., München und Berlin 1915, Bd. I, S. 399 ff.
— Zweistufige Solidarität in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 1919/20, S. 91.
— Samter: Ἀλληλέγγυοι im Philologus 1919, S. 414 ff.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München und Leipzig 1926.
Staub: Kommentar z. Handelsgesetzbuch, 10. Aufl., Berlin u. Leizig 1926.
— Kommentar zur Wechselordnung, 10. Aufl., Berlin u. Leipzig 1922.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Jena 1913.

B. Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen seit 1880.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes seit 1871.
Die Rechtsprechung der Oberlandgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann Bd. 1—44.
Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen, unter Aufsicht und Leitung des k. Staatsministeriums des Justiz herausgegeben.

C. Zeitschriften:

Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht.

Frankreich.

A. Systematische Werke:

Aubry et Rau: Cours de Droit Civil Français, 5e éd., Paris 1897.
Batardon: Traité pratique des Sociétes Commerciales, 2e éd. Paris 1924.
Baudry-Lacantinerie: Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, 3e éd., Paris 1907.
Colin-Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, 3e éd., Paris 1921.
De Courcy: L'assureur est-il une caution? dans la Revue Critique de Législation 1887, p. 315.

Dalloz: Répertoire Pratique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, Paris, depuis 1910.
Demogue: Traité des Obligations en Général, Paris 1923.
Demolombe: Cours de Code civil, Paris 1845.
Domat: Loix Civiles, Paris 1766.
Duhail: L'assurance contre l'incendie, Thèse, Paris 1883.
Dumoulin: Extricatio labyrinthi dividui et individui, Paris 1764.
Dumoulin Jean: Les fonctions du Tuteur, Thèse, Paris 1885.
Garraud: Traité théorique et pratique du droit pénal, 3e éd. Paris 1913.
Girard: Manuel élementaire de droit romain, 7e éd. Paris 1924.
Lacour: Précis de droit commercial, 2e éd., Paris 1921.
Laurent: Principes du droit civil, 3e éd., Bruxelles et Paris 1878.
Lyon-Caen-Renault: Traité de droit commercial, 5e éd., Paris 1921.
— Assurance maritime dans la Revue Critique de Législation 1887, p. 627 suiv.
Percerou: Traité élémentaire de droit commercial, 7e éd., Paris 1925.
Pic: Traité général théorique et pratique de droit commercial: Des sociétés commerciales, 2e éd., Paris 1925.
Planiol: Traité élémentaire de droit civil, 9e éd., Paris 1922.
Sumien: Traité théorique et pratique des assurances terrestres et de la réassurance, Paris 1923.

B. Entscheidungssammlungen:
Dalloz: Jurisprudence générale du royaume, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Paris depuis 1845.
Pandectes françaises, Paris 1886.
Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public fondé par J.—B. Sirey.

C. Zeitschriften:
Dalloz: Recueil Hebdomadaire.
Revue Trimestrielle.

England.

A. Systematische Werke:
Anson: Principles of English Law of Contract, 16th ed Oxford 1923.
Bowstead: A Digest of the Law of Agency, 6th ed. London 1919.
Braesco: Les Caractères Généraux de la Société dite Partnership en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique. Thèse, Paris 1923.
Chitty's Treatise on the Law of Contracts by Wyatt-Paine 16th ed., London 1921.
Clerk and Lindsell: The Law of Torts, 7th ed. by Wyatt-Paine London 1921.

Encyclopaedia of the Laws of England by E. Wood-Renton, London und Edinburgh 1897.
Fère: Le Mineur dans le Droit Anglais, Thèse, Paris 1923.
Godefroi: On the Law of Trusts & Trustees, 4th ed. London 1915.
Holland: The Elements of Jurisprudence, 13th ed. Oxford 1924.
Jenks: A Digest of English Civil Law, 2nd ed., London 1921.
Leblond: De L'Emprunt Obligatoire dans le Droit Anglais Thèse Paris 1925.
Lindley: A Treatise on the Law of Partnership, 8th ed. London 1912.
Pollock: The Law of Torts, 12th ed., London 1923.
— Principles of Contract, 9th ed., London 1921.
Underhill: A Summary of the Law of Torts, 11th ed. London 1925.
Stephen's New Commentaries on the Law of England, 13th ed. London 1899.
Williams Edward: A Treatise on the Law of Executors and Administrators, 11th ed., London 1925.
Williams Joshua: Principles on the Law of Personal Property 17th ed. London 1913.
Williston: On Contracts, New-York 1924.

B. Entscheidungssammlungen:

The Law Times Reports
Mews' Digest of English Case Law, London 1911, mit Ergänzungsbänden bis 1925.
Smith: A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law, 12th ed, London 1915.

C. Zeitschriften:

The Law Times.

Einleitung.

§ 1. Problemstellung.

Häufig haben mehrere Personen eine und dieselbe Leistung zu bewirken. Dabei ist eine verschiedene Ausgestaltung der Rechte des Gläubigers einerseits, der Verpflichtungen der Mitschuldner andererseits denkbar. Zunächst ist die Möglichkeit vorhanden, daß die mehreren Verpflichteten ihre Leistung vereint bewirken müssen und daß der Berechtigte sie nur von allen gemeinsam fordern kann. Das ist das sog. Gesamthandsverhältnis. Der Gegensatz dazu ist die Gemeinschaft nach Bruchteilen, bei der jeder Schuldner nur die auf ihn treffende Quote zu leisten hat und der Gläubiger von jedem Schuldner nur seinen Kopfteil zu fordern berechtigt ist. Der dritte Fall endlich ist der, daß zwar jeder von mehreren die ganze Leistung zu erbringen verpflichtet ist, der Gläubiger jedoch die Bewirkung nur einmal fordern darf unter beliebiger Auswahl des zunächst heranzuziehenden Schuldners oder bei gleichzeitiger Inanspruchnahme aller Mitschuldner.

Die gegenwärtige Studie soll sich mit der letzten der drei Möglichkeiten, der Solidarität, befassen. Sie will untersuchen, wie das deutsche, französische und englische Rechtssystem im allgemeinen zu diesem Problem Stellung nimmt, ob eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität durch das Gesetz getroffen ist, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage verhält, ob eine solche Trennung notwendig oder nur zweckmäßig ist und wenn ja, nach welchen Gesichtspunkten man sie vorzunehmen hat.

Die vorliegende Arbeit strebt keine Vollständigkeit der Behandlung des Stoffes an, sondern sie will lediglich

einerseits die allen Solidaritätsfällen gemeinsamen charakteristischen Merkmale zeigen und anderseits die am meisten vorkommenden und die besondere Konstruktionsschwierigkeiten bietenden Einzelfälle hervorheben.

Die verschiedenen Fälle des besonderen Teiles sind dabei je nach den für das deutsche Recht maßgebenden Gesichtspunkten geordnet, um bei der Fülle von Bestimmungen Klarheit zu ermöglichen.

§ 2. Kurze Zusammenfassung der wichtigsten Bestimmungen des römischen Rechtes.

Das römische Recht kennt zwei Arten von gesamtschuldnerischen Verpflichtungen und zwar die Korrealität und die sog. „bloße Solidarität".

Das Rechtsinstitut der Korrealität hat mehrfach Veränderungen erfahren. Die passive Korrealität stellt sich dar als die Verpflichtung einer jeden von mehreren Personen auf die ganze geschuldete Leistung. Im 19. Jahrhundert war heftig bestritten, ob nur eine einzige Obligation mit mehrfacher subjektiver Beziehung oder ob mehrere selbständige Verpflichtungen vorhanden seien. Aus den Quellen ist die Frage nicht zu entscheiden, da dieselben ebenso oft von einer wie von mehreren Obligationen sprechen.[1]) Heute ist das Problem zugunsten der Annahme einer Mehrheit von Verpflichtungen entschieden. Dafür spricht auch die Tatsache, daß nach römischem Recht die mehreren Mitschuldner unter verschiedenen Modalitäten verpflichtet sein konnten.[2])

Das Hauptmerkmal der Korrealobligation war die gesamtbefreiende Wirkung der zwischen dem Gläubiger und einem der Gesamtschuldner geschlossenen litis contestatio[3]),

1) Von einer Obligation Dig. 45, 2, 3, 1; 2, 14, 9, pr.; auf mehrere Obligationen läßt schließen die Stelle: Inst. 3, 16, 1; Dig. 46, 1, 5 in fine.

2) Inst. 3, 16, 2.

3) Dig. 46, 1, 5 in fine.

einer dem gewöhnlichen Zweck der Korrealität ungünstigen Tatsache, die zurückzuführen ist auf ein römisches Prozeßrechtsinstitut: Die Verpflichtung der Mitschuldner war auf ein und dasselbe Objekt gerichtet. Wurde in Bezug auf dasselbe einmal geklagt, so stand einer weiteren Klage der Satz entgegen: ne bis de eadem re sit actio.

Die korreale Verpflichtung trat im römischen Recht ursprünglich nur in Form der korrealen Stipulation auf. Dabei wurde an alle Schulder gemeinsam eine einzige Frage gerichtet, die von ihnen zu beantworten war. Später wurde die Möglichkeit einer korrealen Verpflichtung auch auf andere Kontrakte ausgedehnt. Doch wurde nicht stets an der Stipulationsform festgehalten, sondern man bediente sich meist einer der griechischen und lateinischen Sprache gemeinsamen Formel: ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν, neben der wir in der älteren Zeit den Zusatz finden: ἡ πρᾶξις ἔστω καὶ ἐξ ἑνος καὶ ἑκάστου[2]), der nach und nach immer seltener vorkommt und schließlich in der byzantinischen Zeit ganz verschwindet. Ob die ἀλληλέγγυοι εἰς ἔκτισιν bloße gegenseitige Bürgen sind, oder ob damit ein gesamtschuldnerisches Verhältnis angezeigt werden sollte, war bestritten. Mitteis entschied sich mit zwingenden Gründen für letztere Annahme[3]).

Bei der Korrealschuld sind zwei Gruppen von Rechtstatsachen zu unterscheiden: einmal solche, die die Vernichtung der Ansprüche des Gläubigers gegenüber allen Mitschuldnern herbeiführen und anderseits solche, die nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem

---

1) Dig. 45, 2, 9, pr.; siehe auch Mitteis, Individualisierung der Obligation s. 59/60; Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, S. 36.

2) Darauf scheint Papinian anzuspielen in Dig. 45, 2, 11, pr.

3) Mitteis-Wilken, Grundzüge der Papyruskunde, II, 1, S. 113/5, Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 183/4; siehe auch Partsch, Griechisches Bürgerschaftsrecht, S. 209 ff.; Samter, Ἀλληλέγγυοι im Philologus, Bd. 65, S. 414 ff.

Schuldner, in dessen Person sie eintreten, verändern oder aufheben.

Außer der litis contestatio hat noch die Zahlung und was ihr gleichsteht, nämlich die acceptilatio[1]) und die novatio[2]) gesamtbefreiende Wirkung. Alle anderen Tatsachen aber, unter deren Einfluß die Verpflichtung nur eines Mitschuldners eine Veränderung erleidet, wie z. B. Konfusion, Verjährung, Verzug usw., wirken nur für und gegen diesen Verpflichteten.

Neben den eben aufgeführten Korrealschulden steht noch eine Art von Verpflichtung, die mit dieser alle Merkmale gemeinsam hat, ausgenommen die gesamtbefreiende Wirkung der litis contestatio, der acceptilatio und der novatio. Die größte Anzahl dieser Verpflichtungen mehrerer auf eine und dieselbe Leistung beruhen auf gemeinsamem Delikt. In diesen Fällen wurde anfangs eine mehrmalige Wiedergutmachung des Schadens, nicht nur eine mehrmalige Strafzahlung verlangt; erst im Kaiserrecht werden durch die einmalige Befriedigung des Gläubigers alle Verpflichteten befreit, jedoch nicht schon durch die litis contestatio[3]). Diese Fälle nun betrachten die modernen Juristen als obligationes in solidum, als „bloße Solidarität". Für diese Erscheinungsform der gesamtschuldnerischen Verpflichtung stand von jeher das Vorhandensein mehrerer selbständiger Obligationen fest.

Es wurden auch noch andere Abgrenzungsversuche gemacht: so behauptete man, daß bei bonae fidei Kontrakten eine bloße Solidarobligation, bei Kontrakten stricti juris aber Korrealschuld entstehe.[4]) Doch ist die erstere Erklärung die herrschende und wohl richtige.

---

1) Dig. 45, 2, 2.
2) Dig. 16, 1, 20.
3) Dig. 4, 3, 17. Cod. 4, 8, 1.
4) S. dazu Girard, Manuel p. 788/9.

Unter Justinian veränderte sich dann die Behandlung der Korrealschuld wesentlich. Durch Novelle 99 wurde das beneficium divisionis eingeführt, das dem Wesen der Korrealität, eben der Verpflichtung eines Jeden auf das Ganze, direkt widerspricht. Deshalb versuchten manche Schriftsteller diese sinnstörende Veränderung für nicht auf die Korrealschuld anwendbar zu erklären, indem sie behaupteten, die griechische Formel, die ja auch in Novelle 99 erwähnt ist, handle nicht von Korrealschuldnern, sondern von gegenseitigen Bürgen und nur diesen stehe das beneficium divisionis zu.[1]) Dieser Einwand ist schon durch die obengemachte Feststellung hinfällig, daß es sich bei der dort erwähnten Formel um die Korrealitätsabrede, nicht nur um gegenseitige Verbürgung handelt.

Durch Cod. 8,39 wurde ferner bestimmt, daß die Unterbrechung der Verjährung zu Gunsten eines Mitschuldners gegenüber allen wirke.

Endlich schaffte Justinian die gesamtbefreiende Wirkung der litis contestatio ab, indem er alle passiven Korrealschulden den blossen Solitaritätsfällen gleichstellte.[2])

Die Rechte der einzelnen Mitschuldner untereinander waren im römischen System nicht einheitlich geregelt. Regressberechtigung stand dem zahlenden Mitschuldner nur zu, wenn sie sich aus dem Innenverhältnis ergab. Waren die Mitschuldner socii oder standen sie durch ein unteilbares Rechtsverhältnis miteinander in Beziehung, so konnte mit einer darauf gestützten Klage (z. B. familiae erciscundae, communi dividundo, pro socio) die Ausgleichung verlangt werden.[3]) Ferner kam eine Regressberechtigung noch auf Grund Mandats in Betracht und endlich in den Fällen, in welchen der ursprüngliche Gläubiger dem ihn befriedigenden Schuldner seine Rechte gegen

1) s. dazu Girard, a. a. O. S. 786 und Ferrini, Pandette, S. 560/1
2) Cod. 8, 40 (41), 28, 2.
3) Dig. 35, 2, 62, pr.

die übrigen abgetreten hatte. Ein Recht auf Abtretung der Forderung aber bestand erst seit Diocletian.[1]) Vorher konnte der zahlende Mitschuldner nur in den hier angeführten Fällen anteilsmäßige Beitragsleistung von den anderen verlangen.

§ 3. Allgemeiner Überblick über das geltende deutsche, französische und englische Recht.

A. Das deutsche System.

Infolge des römischrechtlichen Einflusses wurde im gemeinen deutschen Recht der Begriff der Korrealität gebildet. Seit Keller's und Ribbentrop's aufsehenerregenden Arbeiten über das Inkrafttreten des B.G.B. hinweg bis zur Jetztzeit wurden die verschiedensten Theorien und Abgrenzungen aufgestellt, die auch heute noch zum Teil äußerst bestritten sind. Eine besonders große Rolle spielte früher die Frage; Einheit oder Mehrheit der Obligationen, die heute fast einstimmig in letzterem Sinne entschieden ist. Ein Eingehen auf die älteren Theorien ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, und, da nach B.G.B. die Unterscheidung im früheren Sinn weggefallen ist, auch nicht nötig. Die die heutigen Theorien nicht mehr unmittelbar bestimmenden Lehren des Gemeinen Rechts bleiben daher in dieser Studie unberücksichtigt.

Das B.G.B. behandelt die Lehre von den Gesamtschuldverhältnissen im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse, in den §§ 420—428. Einzelbestimmungen über Solitaritätsfälle finden sich ferner im Handelsgesetzbuch, im Kraftfahrzeuggesetz, im Versicherungsvertragsgesetz u. a. m. Das B.G.B. kennt nur eine Art von Solidarität, welche die Theorie als echte Gesamtschuld bezeichnet. Neben dieser treten häufig noch andere, der „echten" Solidarität zwar ähnliche, aber doch in manchen Punkten von ihr verschiedene Tatbestände auf, welche von der

1) Cod. 8, 39 (40), 1 (2).

Wissenschaft und Praxis als „unechte“ Gesamtschulden bezeichnet, vom Gesetz aber mit Stillschweigen übergangen werden. Mangels einer gesetzlichen Bestimmung besteht über die praktische Regelung der unechten Solidarität keine Einigkeit. Es wurden die verschiedensten Abgrenzungsversuche gemacht. Einer der gebräuchlichsten ist der, danach zu unterscheiden, ob die sämtlichen Vorschriften der §§ 420 ff. B.G.B. auf den einzelnen Fall anwendbar sind oder ob eine oder einige von ihnen ausscheiden. Aber auch soweit ein Unterschied zwischen den beiden Arten von Verpflichtungen gemacht wird, ist es kein prinzipieller, sondern eine auf die mehr oder weniger enge Verbundenheit der einzelnen Obligationen abgestellte Differenzierung.

Näheres über die einzelnen Konstruktionen soll jeweils im besonderen Teil behandelt werden bei Darstellung der Anwendungsfälle. Hier mag nur noch die Auffassung der heute herrschenden Lehre über die Abgrenzung der echten und unechten Solitarität erwähnt werden: Sie bezeichnet als echte Gesamtschulden eine Mehrheit von durch die Identität des Leistungsgegenstandes und durch eine Zweckgemeinschaft untereinander verbundenen Obligationen. Bei sogenannten unechten Gesamtschulden sind lediglich mehrere durch die Identität des Gegenstandes verbundene Leistungsverpflichtungen vorhanden, die zwischen den einzelnen bestehende Zweckgemeinschaft fällt dagegen weg.

Das deutsche System darf im allgemeinen als der Annahme der Solidarität günstig bezeichnet werden. Schon unter dem Gesichtspunkt des § 427 allein ergibt sich eine erhebliche Anzahl von Solidaritätsfällen, die noch durch gesetzliche Einzelanordnungen wesentlich vermehrt werden.

B. Das französische System.

Auch die französische Jurisprudenz übernahm die Gesamtschuld aus dem römischen Recht, jedoch ohne ursprüng-

lich eine Unterscheidung zwischen Korrealität und blosser Solidarität zu machen.

Die Bestimmungen des heutigen französischen Rechts über die Solidarität, die in den Art. 1197—1216 niedergelegt sind, fussen zum grössten Teil auf der Lehre der Juristen des 18. Jahrhunderts, besonders auf Pothier, Dumoulin, Domat. Abweichend von dem Resultat dieser Schriftsteller sind nur einzelne Lehren behandelt, so z. B. die Zinsfrage des Art. 1207.

Auch in Frankreich wird wie im geltenden deutschen Recht Einheit des Leistungsgegenstandes bei Mehrheit der Verpflichtungen unterstellt.

Eine grundlegende Lehre der Solidarität im französischen Recht ist weiterhin die vom mandat tacite und der représentation mutuelle der Mitverpflichteten; diese Theorie ist besonders bei den modernen Schriftstellern ausgeprägt [1])[2]) und von dort auch in die Judikatur[3]) übergegangen. Diese Theorie unterstellt zwischen mehreren Mitschuldner ein sillschweigendes, durch Eingehung einer solchen Verpflichtung gegebenes Mandat, sich gegenseitig gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten und eine Ausdehnung der Wirkungen von Handlungen des einen auch auf die übrigen Mitschuldner herbeiführen zu können. Unter Berufung auf dieses mandat tacite hat die Rechtsprechung seit 1804 die Wirkungen der Solidarität, wohl als Reaktion gegen die Einschränkung der Solidaritätsfälle durch das Gesetz, ausgedehnt. Bei Entscheidung der Frage allerdings, in welchem Umfang eine solche Ausdehnung zuzulassen sei, gehen die einzelnen Urteile nicht einig. Die einen wollen eine gegenseitige Vertretung der Mitschuldner nur zur Verbesserung ihrer Stellung anerkennen, die anderen behaupten,

1) Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, t. IV, p. 28.

2) Zum ersenmal trat die Lehre auf bei Renusson, Traité de la subrogation, chap VII, no 27.

3) Besonders D. P. 92, 1, 177/81.

die Stellvertretung finde auch im Interesse des Gläubigers und in Bezug auf alles statt, was die Wahrung und Verfolgung seiner Rechte betrifft.[1])

In der 2. Hälfte des 19. Jahrh. aber tauchten Zweifel auf, ob ein mandat tacite in allen Fällen füglich unterstellt werden könne, oder ob es nicht vielmehr zweierlei Arten von Solidarität gebe, eine solidarité parfaite und eine solidarité imparfaite. Die Abgrenzung wurde nach verschiedenen Gesichtspunkten getroffen[2]).

Von Mourlon und Aubry et Rau[3]) wurde die Unterscheidung dahin präsiziert, daß soldarité parfaite vorliege, wenn sämtliche Solidaritätswirkungen eintreten, solidarité imparfaite dagegen, wenn der Gläubiger lediglich das Recht hat, von jedem das Ganze zu fordern, wenn aber die sog. effets secondaires nicht eintreten. Das aber hängt von der Möglichkeit der Unterstellung eines mandat tacite ab. Ein solches könne mit einiger Berechtigung angenommen werden, wenn die Mitschuldner zusammen einen Vertrag abgeschlossen haben oder wenigstens voneinander wissen und sich kennen. Sind sich aber die mehreren Verpflichteten fremd, so könne ein Auftrag zur gegenseitigen Stellvertretung nicht angenommen werden. Auch sei bei Unerlaubtheit des Objekts der gemeinsamen Verpflichtung ein eventueller Auftrag nichtig.

In all diesen Fällen nun (es handelt sich durchweg um deliktische Solidarität) sei eine bloße solidarité imparfaite gegeben. Gegen diese Abgrenzung wendet Planiol[4]) ein, daß man ja nicht unbedingt ein wirkliches Mandat auf Grund Spezialkontraktes zwischen den Mitschuldnern annehmen müsse, sondern daß man diese als von Gesetzes wegen gegenseitig aufgestellte Repräsentanten betrachten

1) Das Nähere s. im § 15 S. 48 dieser Arbeit.
2) Näheres Note von Cohendy zu D. P. 92, 1, 177.
3) a. a. O. t. IV, § 298 ter.
4) a. a. O. t. II, p. 243.

solle. Die gleiche Grundidee bringt für das deutsche Recht Klingmüller in seinen „Unechten Gesamtschuldverhältnissen“ zum Ausdruck[1]). Für das deutsche Recht ist diese Auffassung durchaus vertretbar, denn hier ordnet ja tatsächlich das Gesetz die Solidarität an, also kann auch eine von ihm unmittelbar bestimmte innere Verbundenheit angenommen werden. Im französischen Recht aber fehlt ja gerade, wie wir unten sehen werden[2]), die gesetzliche Anordnung der Solidarität für das Zivilrecht, also kann auch kein von Gesetzeswegen unterstelltes mandat tacite vorliegen.

Ähnlich unterscheiden manche Schriftsteller einfach danach, ob die Solidarität auf Grund Vertrags oder durch Gesetz entstanden ist und sprechen im letzteren Fall von solidarité imparfaite. Wieder andere schränken sie noch mehr ein, indem sie solidarité imparfaite nur dann unterstellen, wenn das Gesetz die Verhaftung mehrerer Personen auf das Ganze lediglich mit Rücksicht auf den ordre public vorschreibt. Beachtenswert ist die Unterscheidung, wonach solidarité parfaite vorliegen soll, wenn ein gemeinschaftliches Interesse und dauernde Beziehungen der Mitschuldner untereinander vorliegen, solidarité imparfaite dagegen, wenn dies nicht der Fall ist.

Heute aber werden in Frankreich all diese Versuche einer Unterscheidung von zweierlei Solidarität mißbilligt. Besonders ablehnend verhielt und verhält sich die Rechtsprechung, meines Erachtens ohne genügende Begründung[3]).

C. Die Behandlung in England.

Das englische Recht, das keine gesetzlich festgelegten allgemeinen Regeln kennt, hat 3 Erscheinungsformen der Gesamtschuld: es unterscheidet nämlich bloße joint liability, dann joint & several liability und endlich bloße several

1) Jhering's Jahrbuch, Bd. 64, S. 31ff.
2) S. § 29.
3) S. z. B. D. P. 1902, 2, 453.

liability. Wir haben joint promisors vor uns in mehreren Personen, welche durch einen und denselben Vertrag eine und dieselbe Leistung versprechen. Dabei entsteht nur eine einzige Obligation[1]), nicht wie bei uns mehrere Verpflichtungen, und trotzdem werden selbst bei joint liability die einzelnen Beteiligten selbständiger behandelt als im französischen Recht bei Annahme einer Mehrheit von Obligationen.

Eine joint & several liability ist dann vorhanden, wenn mehrere zusammen dieselbe Verpflichtung eingehen und auch voneinander unabhängig dieselbe Leistung versprechen.

Schließlich haften mehrere Personen bloß severally, wenn jede von ihnen unabhängig von der anderen dieselbe Leistung verspricht[2]).

Der praktische Unterschied zwischen joint und joint & several liability liegt auf prozessualem Gebiet, da nämlich bei der ersteren Form die gleichzeitige Heranziehung aller Mitschuldner bei Vermeidung des Verlustes des Klagerechts gegenüber den nicht Belangten geboten ist, worauf unten näher eingegangen wird.

Eine der französischen Lehre vom mandat tacite entsprechende Theorie fehlt in England. Dadurch entfällt auch die im französischen Recht bedingte Ausdehnung der zwischen dem Gläubiger und einem Mitschuldner eintretenden „effets secondaires“ auf die Rechtslage der übrigen Mitschuldner. — Die Stellungnahme zur Solidaritätsvermutung ist trotz der vielfachen Schematisierung des englischen Rechtes freier als die durch Art. 1202 Cc. gebundene französische Praxis.

Ein Versuch der Unterscheidung von echter und unechter Solidarität wie unsere kontinentalen Systeme ihn aufweisen, scheint in England nie gemacht worden zu sein,

1) s. dazu Jenks, a Digest of English Civil Law, 1, no. 355.
2) s. Williston, on Contracts § 330, vol I.

sondern dort standen sich von Anfang an die drei Gruppen gegenüber. Ob man darin eine Unterscheidung von echter und unechter Solidarität erblicken kann, soll die folgende Untersuchung erweisen.

Allgemeiner Teil.

I. Kapitel.

Der Zusammenhang der mehreren Verpflichtungen und das Verhältnis der Verpflichteten zum Gläubiger.

§ 4. Entstehungsarten.

Nicht alle solidarischen Verpflichtungen haben den gleichen Entstehungsgrund, sondern es gibt in der Hauptsache zwei große Kategorien: einmal die auf Parteiwillen, auf Rechtsgeschäft (unter Lebenden oder von Todeswegen) beruhende und anderseits die durch das Gesetz geschaffene Solidarität.

Ob die mehreren Verpflichtungen, deren jede unabhängig und ohne Rücksicht auf die andere entstanden ist, wie z. B. beim Dieb und Versicherer usw., solidaritätsbegründend im gewöhnlichen Sinn wirken, aus welchen Gründen und ob sie mit Recht als Fälle unechter Solidarität bezeichnet werden, soll erst, wenn die allgemeinen Grundlagen der echten Solidarität gefunden sind, untersucht werden.

Vorerst ergibt sich die Frage, ob bei vertraglicher Solidarität auch zeitlich getrennt abgegebene, auf Bewirkung derselben Leistung gerichtete Verpflichtungserklärungen mehrerer Individuen die Wirkung einer solidarischen Bindung dieser Personenmehrheit hervorbringen, oder ob es dazu eines durch die verschiedenen auf Schuldnerseite Beteiligten abgegebenen einheitlichen Versprechens bedarf.

Das römische Recht verlangte, von der korrealen Stipulation ausgehend, zur Begründung der Korrealität ursprünglich ein gleichzeitig und einheitlich abgegebenes Versprechen. Das moderne französische und deutsche

Recht schwankt bei der Entscheidung dieser Frage. Jedoch schreibt die heute überwiegende Ansicht mehreren nacheinander, aber in Hinsicht aufeinander und mit dem Willen der Begründung einer korrealen Verpflichtung abgegebenen Erklärungen die Eigenschaft zu, ein passives Gesamtschuldverhältnis hervorzubringen.[1]) Diese Lösung erscheint sinngemäss und, als der vernünftigen Interpretation des Parteiwillens förderlich, die richtige. Die für das deutsche Recht aus dem Wortlaut des § 727 Satz 2 abgeleitete entgegengesetzte Meinung (das Gesetz spricht von „durch Vertrag gemeinschaftlich" nicht von „durch gemeinschaftlichen Vertrag" begründeten Verpflichtungen) dürfte zu sehr am Buchstaben haften und abzulehnen sein.

Das englische Recht unterscheidet bei dieser Frage, ob es sich um joint debtors handelt oder nicht. Im ersteren Fall besteht ja nur eine einzige Obligation und diese kann natürlich nicht von mehreren daran Beteiligten in verschiedenen Zeitpunkten eingegangen werden. Bei joinit & several und bei blossen several debtors dagegen scheint die Rechtsprechung, wie sich aus dem Fall White v. Tyndall[2]) indirekt ergibt, stets angenommmen zu haben, dass zeitlich getrennte, aber Korrealität bezweckende Stipulationen genügen sollen.

Diese im kontinentalen Recht so viel erörterte Frage verliert aber im anglo-amerikanischen System stark an Interesse, da hier in zweifelhaften Fällen stets das Problem im Vordergrund steht, ob eine blosse joint oder several liability begründet werden wollte.[3])

Theoretisch möglich, aber in der Praxis verhältnismässig selten ist ferner eine durch Testament begründete Solidarität. Auch nach deutchem Recht kommt ausser

---

1) S. R. G. 59, 233; 64, 319, bes. 70, 410.

2) 58 L. T. R. 741.

3) S. White v. Tyndall, 58, L. T. R. 741, Ward v. National Bank of New Zealand 49 L. T. R. 315, ex parte Harding 41 L. T. R 517.

der gesetzlichen Solidarität der Miterben für gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2058 B.G.B.) noch der Fall vor, daß mehrere einzelne Erbteile solidarisch mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert sind. Für unser System bietet diese Konstruktion keine Schwierigkeiten.

Anders im französischen Recht. Hier trat zunächst die Frage auf, ob eine Stipulation im Sinn des Art. 1202 C. c. nur vorliege, wenn die Bestimmung durch Vertrag getroffen ist, oder ob auch in einem einseitigen Rechtsgeschäft eine wirksame Anordnung der Solidarität gefunden werden könne. Die herrschende Meinung entschied sich, schon seit Pothier[1]), für die letztere Möglichkeit.

Der im englischen häufigste Fall ist hier auszuscheiden: die auf Grund testamentarischer Einsetzung mehrerer executors kraft Gesetzes eintretende Solidarität nnter diesen (sie werden joint tenants des gesamten Eigentums des gesamten Eigentums des Verstorbenen). Denn die mehreren executors werden nicht, daß einer von ihnen so und soviel zahlen solle, Solidarschuldner, sondern sie werden ipso jure durch die Einsetzung als joint executors gesamtschuldnerisch verpflichtet gegenüber den Vermächtnisnehmern.

Den Gegenpol zu diesen auf Parteiwillen beruhenden Solidarschuldverhältnissen bilden die unmittelbar durchs Gesetz selbst begründeten Fälle, die in allen 3 hier zur Erörterung stehenden Rechtssystemen eine mehr oder weniger bedeutende Rolle spielen. Die Frage, ob durch Gesetz eine echte, alle Wirkungen der vertraglichen Gesamtschuld erzeugende Solidarität oder nur ein unvollkommenes, ähnliches Rechtsinstut geschaffen wird, ist später zu untersuchen.

Zwischen beiden Kategorien aber steht eine nicht zu unterschätzende Anzahl von Fällen, in denen Solidarität weder vertraglich ausdrücklich durch die Parteien bestimmt,

---

1) Obligations no. 269.

noch durch eine gesetzliche Vorschrift begründet ist und in denen eine Stellungnahme zu dem Problem, ob eine aus den ganzen Umständen des Falles sich ergebende Solidaritätsvermutung sich als stark genug erweist, um die Unterstellung einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung zu rechtfertigen.

Das deutsche Recht stellt in § 427 B. G. B. selbst eine Vermutung der Solidarität bei vertraglicher gemeinschaftlicher Verpfichtung mehrerer zu derselben teilbaren Leistung auf und auch die ganze übrige Behandlung der Solidarität im deutschen Gesetz ist ihrer Annahme günstig.

In der englischen Rechtsprechung (denn englische Gesetze vermeiden es bekanntlich, allgemeine Vorschriften aufzustellen) tritt eine den Parteiwillen weitgehend berücksichtigende und der Solidaritätsvermutung im allgemeinen günstige Tendenz hervor und auch hier wieder konzentriert sich die Hauptaufmerksamkeit darauf, welche Art der Solidarität von den Parteien beabsichtigt oder den Umständen des Falles am angemessensten ist. Früher wurde zur Begründung einer joint & several liability verlangt, daß der darauf zielende Wille klar ausgedrückt sei. Die folgende Formel war weit verbreitet: „we bind ourselves anb each of us (and the heirs, executors and administrators of us and each of us) jointliy and severally." Jetzt bleibt der in Klammern gesetzte Teil gewöhnlich weg und auch im allgemeinen ist die Rechtsprechung für eine erweiternde Interpretation, falls die Formulierung zweifelhaft ist und aus den Umständen des Falls der Wille, eine joint and several obligation zu schaffen, hervorgeht.[1]) Dagegen ist

1) „Where the terms are ambiguous and may import either a joint or a several obligation, you may no doubt look at the other parts of the deed, the interests of the covenantors and indead any other circumstances appearing on the face of the instrument which will aid in the determination of the intention of the parties." Lord Hershell in White v. Tyndall a. a. O.

in dem Fall ex parte Harding[1]) entschieden: „A promissary note, signed by several persons, and beginning: „we promise" is a joint note only."

Der französische Code civil Art. 1202 dagegen stellt den Satz auf: „La solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit expressément stipulée." An diese Bestimmung hat sich die frühere fränzösische Rechtsprechung auch gehalten und noch ein Urteil der Cour de Cassation von 1910[2]) hob die Entscheidung des Berufsgerichts deshalb auf, weil es den Grund, aus dem die Solidarität sich ergeben sollte, nicht namhaft gemacht hatte.

Eine Ausnahme von dieser Regel findet sich lediglich im Handelsrecht, das eine Solidaritätsvermutung zuläßt.

In den letzten Jahrzehnten jedoch macht sich auch für das Zivilrecht eine auf Umgehung des Art. 1202 gerichtete Tendenz in der Rechtsprechung bemerkbar, besonders wenn es sich um Personen mit gemeinsamer Haushaltführung handelt, deren eine Verpflichtungen eingeht, die zum Lebensunterhalt sämtlicher dem Haushalt angehöriger Personen notwendig oder doch im Interesse aller gelegen sind.[3])

Planiol[4]) meint, man könne die Umgehung der Vorschriften des Art. 1202 C. c. auch noch auf andere Art zu rechtfertigen suchen: nämlich einmal dadurch, daß man sich statt auf die Solidaritätsvermutung auf die Unteilbarkeit stützt, die auch auf vertraglicher Grundlage möglich ist und nicht ausdrücklich stipuliert werden muß.

---

1) 41, L. T. R. 517.

2) D. P. 1910, 1, 19: „Attendu que l'arrêt attaqué a condamné les époux Bertrand en qualité de locataires principaux comme responsables d'abus de jouissance commis par leurs sous-locataires; . . mais qu'il ne constate aucun fait de nature à entraîner légalement contre eux une condamnation solidaire. D'où il suit qu'il a violé l'art. 1202 susvisé." S. auch D. P. 1909, 1, 426.

3) D. P. 1903, 2, 305/06.

4) In einer Anmerkung zu D. P. 1903, 2, 305.

Weiter betrachtet er die Unterstellung eines Gesellschaftsverhältnisses auf Grund der Interessenlage für naheliegend. Das französische Recht kenne allerdings die stille Gesellschaft der in einem Haushalt lebenden Personon nicht mehr, doch gestatte Art. 1841 auch heute noch Gesellschaften in Bezug auf den Gebrauch bestimmter Sachen. Allerdings sei die Möglickeit der Anwendung dieser Bestimmung auf Nahrungsmittel mindestens zweifelhaft. Überdies aber wird diese ganze Konstruktion illusorisch gemacht durch Art. 1862, der besagt, daß die dettes sociales anderer als Handelsgesellschaften die Gesellschafter nicht solidarisch verpflichten, es sei denn, daß dem Vertragschließenden eigens die Befugnis zur Eingehung einer solidarischen Verpflichtung eingeräumt worden sei. Trotz dieser Ausführungen steht Planiol der neueren Tendenz der Rechtsprechung ablehnend gegenüber, da ihm die verschiedenen Erklärungsversuche mit Recht juristisch anfechtbar erscheinen.

Wir Deutschen müssen uns bei der Stellungnahme zu diesem Problem zunächst vor Augen halten, daß die französische Rechtsprechung in hohem Maße seit langer Zeit neben dem rechtsanwendenden auch rechtsbildenden Charakter angenommen hat, anders als die deutschen Gerichte, die sich im allgemeinen neben der Anwendung der Rechtsnormen auf die Ausfüllung gesetzlicher Lücken beschränkt.

Trotzdem dürfte diese auf gleiche Entwicklung wie im deutschen und englischen Recht zielende Stellungnahme der französichen Jurisprudenz noch aus einem anderen Grunde als dem von Planiol hervorgehobenen zu mißbilligen sein, da es m. E. rechtspolitisch verwerflich ist, wenn die Rechtsprechung in direktem Gegensatz zum Gesetz steht und dadurch die Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Rechtspflege untergraben wird.

§ 5. Die Verpflichtung jeden Mitschuldners auf das Ganze und das Wahlrecht des Gläubigers.

In allen drei hier zu untersuchenden Rechtssystemen ist dem Wesen der Solidarität entsprechend jeder Mitschuldner auf das Ganze verpflichtet, was der Franzose als „effet principal de la solidarité" zu bezeichnen und wie eine große Anzahl unserer gemeinrechtlichen Schriftsteller durch die „unité d'objet, pluralité des liens" zu rechtfertigen pflegt. Er stellt dieser Hauptwirkung alle anderen Rechtsfolgen der Solidarität als „effets secondaires" gegenüber und sucht sie (schon seit Dumoulin) mit der Lehre vom mandat tacite in ihren verschiedenen Variationen zu erklären.

Der Gläubiger kann, da alle Mitschuldner in gleicher Linie verpflichtet sind, je nach Belieben einen der Mitschuldner (gewöhnlich den, der ihm am zahlungsfähigsten erscheint) heraussuchen und von ihm die Erbringung der ganzen Leistung fordern (droit d'élection), ohne daß ihm eine Teilungs- oder Vorausklageeinrede entgegengehalten werden könnte. (péril de l'avance). Ebenso ist der Gläubiger berechtigt, einige Mitschuldner oder auch alle in Anspruch zu nehmen. Im Falle einer Klage werden dann die Mitschuldner Streitgenossen.

Früher gestattete das englische Recht bei joint and several liability Klage nur entweder gegen alle zusammen oder gegen jeden einzeln[1]), aber nicht gegen nur einige gemeinsam, was jetzt weggefallen ist.

Wird einer der mehreren Verpflichteten auf das Ganze belangt, so hat er das Recht, seinen Mitschuldnern den Streit zu verkünden (§ 72 ZPO.). Für Frankreich ist die Lösung nicht ganz unbestritten: die Mehrheit der Schriftsteller allerdings konstruiert die Mitschuldner als gegenseitige Garanten mit dem Hinweis auf Art. 1213 C. c. und gibt jedem vom Gläubiger belangten Mitschuldner das Recht, sich eine 8tägige Frist zu erbitten, um die übrigen

1) S. Williams, On Personal Property, p. 462.

vor Gericht zu ziehen gemäß Art. 175 C. prov. civ.; auch berufen sie sich auf eine Analogie zu Art. 1225 C. c. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt z. B. Laurent; ihm scheint die Tatsache, daß jeder Mitschuldner wie ein einziger Schuldner auf das Ganze verpflichtet ist, gegen die Auffassung der Mehrheit zu sprechen. Auch führt er an, daß Art. 175 C, proc. civ. nicht erwähne, wer befugt sei, das in dieser Vorschrift gegebene Recht geltend zu machen. Richtig dürfte wohl der Standpunkt der Mehrheit sein, denn der Zweck des Art. 1203 ist die Sicherung des Gläubigers; diese aber wird in gleicher Weise erreicht, wenn dem in Anspruch genommenen Mitschuldner, ohne seine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger zu mildern, das Recht gegeben wird, sich seinen Regreßanspruch gegen seine Mitschuldner zu sichern. Der Einwand mit Art. 175 C. pr. c. ist zu verwerfen, weil diese Vorschrift nur eine allgemeine Regel geben will.

Für das englische System sind die Quellenstellen Order XVI r. 11 in Verbindung mit Order XXI, r. 20 der RSC. Die Rechtsprechung hat in der Folge, ausgehend von einem schon früher entschiedenen Fall, Kendall v. Hamilton[1]) zunächst folgendes Urteil gefällt: Der von mehreren joint contractors[2]) allein belangte hat das Recht auf Anschluß seiner Mitverpflichteten als co-defendants[3]), Diese Entscheidung wurde später (die Zulassung als co-defendants ist reine Ermessungsfrage) dahin modifiziert, daß der allein Verklagte dann kein Recht habe, die Beiziehung der anderen zu verlangen, wenn diese „out of jurisdiction" sich befinden[4]). Ein noch etwas jüngeres Urteil[5]) überläßt es, noch weiter-

1) 41 L. T. R. 418.

2) Dieses Recht fällt bei bloß severally haftenden Personen weg.

3) S. Pilley v. Robinson 58 L. T. R. 110.

4) S. Wilson Sons & Co. v. Balcarres Brook Steamship Co. 68 L. T. R. 312.

5) Robinson v. Geisel 71 L. T. R. 70.

gehend, dem Gericht, eine Beiziehung der anderen Mitschuldner dann zu versagen, wenn sie sich zwar innerhalb der jurisdiction aufhalten, der Kläger sie aber nicht auffinden kann.

Falls der Gläubiger beim ersten von ihm in Anspruch genommenen Mitschuldner keine volle Befriedigung gefunden hat, ist er nach kontinentalem Recht — im Gegensatz zur römischen Wirkung der litis contestatio und zum heutigen anglo-amerikanischen System bei bloßen joint debtors — befugt, auch an die übrigen Mitschuldner bis zu seiner vollen Deckung sich zu halten[1]).

Das englische Recht kommt bezüglich der jointly and severally Verpflichteten zu demselben Ergebnis, weicht aber bei bloßer joint liability insofern ab, als der Gläubiger, wenn er nur gegen einen Mitschuldner einen Vollstreckungstitel erlangt hat, auch bei Nichtbefriedigung durch diesen keine anderen Mitschuldner mehr verklagen kann[2]). Ausnahmen von der allgemeinen Regel kommen nur im Gesellschaftsrecht vor bezüglich der dormant partners und der Haftung des Vermögens eines verstorbenen Gesellschafters in bezug auf die Gesellschaftsschulden; diese Sonderfälle werden bei der Behandlung der Gesellschaft erwähnt[3]).

Die Verpflichtung jedes Mitschuldners auf das Ganze hat ihren Hauptzweck in der Sicherung des Gläubigers gegen Ausfall infolge Insolvenz eines oder mehrerer Verpflichteter. Im deutschen und französischen Recht nun wird dieser Zweck auf jeden Fall, auch bei der sogen. unechten Solidarität, erreicht. Nach englischem Recht dagegen ist eine Sicherung des Gläubigers bei joint and several liability und noch mehr bei bloßer several liability

1) BGB. § 421, S. 2; C. c. art. 1204.

2) Morel v. Westmorland 89 L. T. R. 702. Brinsmead v. Harrison 27 L. T. R. 99; Duck v. Majheu 64 L. T. R, 547.

3) § 22 S. 67ff.

gegeben, während ja, wie erwähnt, bei bloßer joint liability durch Erwirkung eines Urteils gegen einen Mitverpflichteten das Klagerecht gegen die übrigen konsumiert wird. Es drängt sich bei diesem Fall eine Parallele zum römischen Recht auf, das bekanntlich die Klagekonsumption schon durch die litis contestatio mit einem der Verpflichteten eintreten ließ, während sie nach modernem englischem Recht erst mit der Rechtskraft des gegen einen erlangten Urteils verbunden ist. Den Nachweis eines Zusammenhanges mit dem römischen Recht aber etwa durch Modifikation eines über den Kontinent übernommenen Rechtsinstitutes konnte ich in dem mir zur Verfügung stehenden Material nicht finden.

Ist bei joint liability das Urteil gegen alle erstritten worden, so darf sowohl gegen alle zusammen als auch gegen einen beliebigen Mitschuldner allein vollstreckt werden[1]).

Praktisch dürfte auch in England die den Gläubiger sichernde Form der joint and several liability überwiegend sein.

§ 6. Die Möglichkeit verschiedener Modalitäten für die mehreren Verpflichtungen.

Trotz der engen Verbundenheit der mehreren Obligationen können die einzelnen in Bezug auf Bedingungen, Befristungen, Leistungsort usw. voneinander abweichen, denn es handelt sich ja nicht um ihrem ganzen Inhalt nach, sondern in Bezug auf dem Gegenstand identische Leistungen.

Die Möglichkeit verschiedener Modalitäten ist im französischen Recht durch Art. 1202 C. c. gegeben, während das deutsche BGB. den Fall nicht ausdrücklich regelt. Wohl aber ist die gleiche Lösung auch bei uns allgemein

1) S. Williams, a. a. O., S. 461 und die dort zit. Entscheidungen.

anerkannt[1]). Der 1. Entwurf § 322,I erwähnte ausdrücklich, daß die mehreren Verpflichtungen unter verschiedenen Bedingungen eingegangen werden können; diese Bestimmung wurde aber dann als selbstverständlich gestrichen.

In den Fällen gesetzlicher Solidarität scheidet die Möglichkeit verschiedener Bedingungen usw. natürlich aus, denn eine vom Gesetz aufgestellte gemeinsame Regelung kann nicht die persönlichen Verhältnisse des einzelnen Verpflichteten berücksichtigen, sondern sie muß lediglich auf die Erreichung des gemeinsamen Zweckes bedacht sein.

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, ob es sich mit dem Wesen der Solidarität vereinigen lasse, daß die eine Leistung prinzipal, die andere bloß akzessorisch ist. Das Problem ist noch heute bestritten; die Mehrheit der Autoren und das Reichsgericht wie auch die französische und englische Jurisprudenz steht ihm ablehnend gegenüber, was bei Behandlung der Bürgschaft näher auszuführen sein wird.

C. Veränderungen des Schuldinhalts in der Person eines Mitschuldners.

§ 7. Verzug und Verzugszinsen.

Zu unterscheiden ist hier zunächst die Wirkung des Gläubiger- und die des Schuldnerverzugs.

Kommt der Gläubiger gegenüber auch nur einem Mitschuldner in Verzug, so wirkt nach deutschem Recht diese Tatsache auch gegenüber allen anderen Mitverpflichteten (§ 424 BGB.), so z. B. werden alle frei, wenn nach Eintritt des Gläubigerverzugs die Sache beim Anbietenden zufällig untergeht. Der Glaubiger hat ja durch die Nichtannahme der Leistung die Befreiung aller Mitschuldner hintangehalten. Sobald aber der Verzug gegenüber dem Mitschuldner, dem gegenüber er gegeben war, beseitigt worden ist, hört auch die Gesamtwirkung gegenüber den Übrigen auf.

1) R. G. im Recht 09 Nr. 1765.

Nach englischem Recht ist die Verzugslehre sehr bestritten und geht in den Regeln über den breach of contract im wesentlichen auf. Unserem Gläubigerverzug kommt der sog. tender gleich, d. i. das erfolglose Angebot von Seiten des Schuldners[1]). Das Angebot der Erfüllung wirkt zugunsten aller übrigen joint debtors, aber ebenso genügt es zur Zerstörung der Einrede von Seiten aller, wenn der Gläubiger von einem der Mitschuldner die Erfüllung nach der erstmaligen Verweigerung der Annahme, aber vor einer Klagestellung verlangt[2]).

Anders natürlich bei bloßen several debtors. Hier tritt die Wirkung nur gegen denjenigen ein, dem gegenüber der Gläubiger in Verzug kommt.

Anders behandelt unser deutsches Recht den Schuldnerverzug. § 425 läßt die Wirkungen lediglich zuungunsten des in Verzug befindlichen Schuldners eintreten, die anderen Verpflichteten bleiben völlig unberührt davon[3]). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt für die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes aus § 326, das nur gegenüber allen Schuldnern ausgeübt werden kann, da es nach § 356 BGB. unteilbar ist.

Nach Art. 1205 C. c. wirkt der Verzug eines Mitschuldners teils auch zuungunsten der übrigen Mitverpflichteten, teils werden diese nicht davon berührt. Setzt z. B. der Gläubiger A den Solidarschuldner X durch Mahnung in Verzug[4]), so geraten zugleich alle anderen Mitschuldner

1) Dadurch erlischt die Schuld nicht, sondern ein tender steht lediglich einer späteren Zinsenforderung für die Zeit des Gläubigerverzuges entgegen und bewirkt, daß der Gläubiger bei einer späteren Klage auf Erfüllung die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn er nicht vor der Klage nachträglich Zahlung verlangt hat.

2) S. Peirse v. Bowles, Auszug in Mews' Digest Bd. 14, S. 26.

3) S. auch R.G. 65, 28.

4) Früher genügte Mahnung nicht, sondern es bedurfte einer Klage auf Inlaufsetzung der Verzugszinsen. Mahnung ist ausreichend seit dem Gesetz vom 7. IV. 1900.

in Verzug. Wenn nun während dieses Verzugs die Sache untergeht, so sind die sämtlichen Mitschuldner zur Zahlung des Preises der Sache verpflichtet, dagegen nicht zum darüber hinausgehenden Schadenersatz. Diese etwas widerspruchsvolle Regelung geht auf Pothier[1]) zurück, der sie wieder von Dumoulin[2]) entnommen hat. Letzterer wollte die Vereinbarkeit zweier römischer Quellenstellen miteinander dartun: Alterius factum alteri nocet[3]) mit alterius mora alteri non nocet[4]). Er deutete diese Stellen so, daß das Verschulden des einen dem anderen zwar schadet, „ad conservandam obligationem, non autem ad augendam". Diese Konstruktion beruht nach herrschender und wohl richtiger Ansicht auf der fälschlichen Annahme Dumoulin's, daß Verschulden und Verzug ganz gleich zu behandeln seien. Die Römer aber hielten beide auseinander.

Aber auch die in sich schon uneinheitliche Bestimmung des Art. 1205 C. c. wird nochmals durchbrochen durch Art. 1207, der anordnet, daß die gegen einen Mitschuldner erhobene Klage auf Verzugszinsen gegenüber allen einen Zinsanspruch gibt. Diese Lösung ist inkonsequent, denn bei Geldschulden treten die Verzugszinsen an Stelle des Schadenersatzes und diesen hat ja nach Art. 1205 der in Verzug befindliche Mitschuldner zu tragen.

Es mag dahingestellt bleiben, ob es zweckentsprechend ist, die Wirkungen des Verzugs gegenüber allen oder nur gegenüber den im Verzug befindlichen Mitschuldnern eintreten zu lassen. Die deutsche Lösung beruht im wesentlichen auf dem Gedanken der Selbständigkeit der einzelnen Verpflichtungen, während das französische Recht seine Grundregel aus der Idee der représentation mutuelle schöpft.

---

1) a. a. O. no. 273,
2) Extricatio labyrinthi dividui et individui, 3 part. no. 126.
3) Dig. 45, 2, 18.
4) Dig. 22, 1, 32.

In seiner gegenwärtigen Inkonsequenz allerdings ist es als verwirrend und unzweckmäßig abzulehnen.

§ 8. Die Verjährung.

Auch das Institut der Verjährung hat in den hier in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen eine verschiedene Regelung gefunden.

Für unser deutsches Recht ist wiederum § 425 BGB. maßgebend, wonach die Verjährung, sowie ihre Unterbrechung und Hemmung nur für und gegen den Schuldner wirkt, in dessen Person sie eintritt. Wenn z. B. bei für die einzelnen Obligationen verschiedenen Befristungen für einen Mitschuldner die Verjährungszeit bereits abgelaufen ist, so wird dadurch nur die Klage gegen diesen einen Mitschuldner ausgeschlossen; oder wenn die Verjährung durch Klage gegen einen Mitschuldner gehemmt ist, läuft die Verjährungszeit gegen die anderen weiter. Auch diese Lösung ist wieder eine Folge der stark betonten Selbständigkeit der einzelnen Verpflichtungen.

Den Gegensatz dazu bildet Frankreich, das, wiederum durch den Gedanken der représentation mutuelle, zu der Bestimmung des Art. 1206 C. c. gelangt. Diese Stelle behandelt nur die Unterbrechung der Verjährung durch Klage gegenüber einem Mitschuldner in dem Sinn der Ausdehnung der Wirkung auf alle Mitschuldner. Über die Wirkung der bereits in Bezug auf einen Mitschuldner eingetretenen Verjährung auf die Verpflichtungen der anderen aber sagt das französische Gesetz nichts und auch in der Literatur und Rechtsprechung ist eine Behandlung dieser Frage nicht zu finden. Praktisch wird der Fall der zeitlich verschiedenen Verjährung der einzelnen Obligationen auch nur selten eintreten. Mit der Idee der représentation mutuelle wäre die Ausdehnung der Wirkung der Verjährung auf die übrigen Mitschuldner nicht zu erklären, denn es handelt sich nicht um die Mitwirkung der Handlung eines

Mitverpflichteten oder gegenüber einem Mitverpflichteten, sondern um ein unabhängig vom Willen des Gläubigers oder der Schuldner eintretendes Ereignis. Man wird also zum Ergebnis kommen, daß die Verjährung also solche nur zugunsten des Mitschuldners eintritt, in dessen Obligation sie vorliegt. Diese Lösung steht auch nicht der Einheit des Objektes entgegen, sie ist vielmehr lediglich eine Konsequenz der Möglichkeit verschiedener Befristungen für einzelne Verpflichtungen. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung kann weiter die Tatsache herangezogen werden, daß die Einreden, die sich aus den verschiedenen Bedingungen für die verschieden Obligationen ergeben, nicht von allen Gesamtschuldnern geltend gemacht werden können, sondern nur von denjenigen, für welche sie sich aus der ihrer Obligation allein eigenen Bedingung ergeben.

Die Hemmung der Verjährung wirkt nach der herrschenden Lehre ebenfalls nur für den persönlich davon betroffenen Mitschuldner. Die französischen Schriftsteller wollen diese Lehre damit begründen, daß die Ursache der Verjährungshemmung im Gegensatz zu der ihrer Unterbrechung stets eine rein persönliche sei und nichts an den Beziehungen zwischen dem Gläubiger und den übrigen Mitschuldnern ändere. Auch lasse sich eine ausdehnende Wirkung der Hemmung der Verjährung nicht durch die Lehre von der représentation mutuelle erklären.[1])

Für England interessiert hier wie im vorhergehenden Paragraphen nur der Fall der joint debtors, denn bei joint and several debtors beeinflussen sich die einzelnen Obligationen nur ganz selten. Die Wirkung der Verjährung wurde früher anders behandelt als jetzt. Durch 4 und 5 Anne c. 16 s. 19 wurde s. 7 der Limitations Act von 1623 dahin abgeändert, daß bei Abwesenheit eines joint debtor „beyond seas" (Irland und die Inseln im Kanal wurden nicht als

1) Dieser Meinung ist z. B. Laurent, Principes de droit civil, t. 17, no. 335, Baudry-Lacantinerie, Traité de droit civil, t 13., no 1222.

beyond seas liegend angesehen) die Verjährungsfrist auch bezüglich der anderen, die nie außerhalb des Königreiches sich befunden hatten, gar nicht zu laufen begann.[1]) Seit der Mercantile Law Amendment Act von 1856 aber hat sich der Rechtszustand wiederum geändert. Jetzt läuft gegen alle im Königreich befindlichen Gesamtschuldner die Verjährungsfrist regelmäsig ohne Rücksicht auf einen joint debtor, der sich beyond seas befindet. Erlangt aber der Gläubiger ein Urteil gegen die übrigen, so steht dies Urteil einer Klage gegen den später zurückgekehrten Mitschuldner nicht entgegen.[2])

Jedoch gelten die eben dargelegten Regeln nur dann, wenn der Hinderungsgrund bei Beginn der Verjährung bereits bestand, dagegen nicht, wenn er erst nachträglich eintritt.

§ 9. Vergleich und Novation.

Beim Vergleich ist nach deutschem Recht zu unterscheiden, ob mit der Befreiung des einen Mitschuldners von seiner alten Verpflichtung zugleich auch die Befriedigung des Gläubigers und der damit verbundene Untergang der Forderung erzielt wurde oder nicht. Im ersteren Fall wirkt der Vergleich zugunsten aller; z. B. wenn mehrere Personen ein Werk zu liefern sich verpflichtet haben und vor der Lieferung zwischen dem Besteller und einem der Verpflichteten ein Vergleich dahin zustandekommt, daß das Werk gegen Preisnachlaß weniger elegant auszuführen ist, als früher vereinbart, so kann der Besteller auch von keinem der übrigen Verpfichteten mehr die bessere Ausführung verlangen. Diese Lösung ist eine Folge des § 422. Praktisch häufiger ist der vergleichsweise Erlaß. Seine

1) S. auch Fannin v. Anderson und Towns v. Mead, beide IX Mews' Digest, 61.

2) 19 und 20 Vict. c. 97, s. 11.

Wirkung bemißt sich nach der Tragweite des Erlaßes selbst. Sollte dieser Erlaß nur zugunsten der einen Person, mit der der Vertrag geschlossen wird, gewährt werden, so haben die anderen keinen Anspruch aus diesem Vertrag. Soll dagegen die solidarisch übernommene Schuld als solche erlassen werden, so hat ein darauf zielender Vertrag Wirkung zugunsten aller.

Die Novation behandelt die herrschende deutsche Lehre[1]) nach Analogie des Erlasses der Schuld als solcher und schreibt ihr Wirkung für und gegen alle Mitverpflichteten zu. Die Novation befriedigt zwar den Gläubiger nicht, würde also an sich nur gegenüber dem Einzelnen wirken; sie enthält aber eine vertragsmäßige Aufhebung der alten Schuld und diese beeinflußt die Beziehungen aller Mitverpflichteten in gleicher Weise.

Die Regeln des Code civil über Vergleich und Novation stehen in Widerspruch zueinander. Art. 2051 bestimmt nämlich, daß ein zwischen dem Gläubiger und einem der Mitschuldner zustandegekommener Vergleich die Verbindlichkeiten der übrigen Verpflichteten gegenüber dem Gläubiger in keiner Weise berührt. Diese Vorschrift ist verwunderlich und inkonsequent, denn sie steht nicht nur dem in ähnlich gelagerten Fällen[2]) befolgten Prinzip, daß ein für die Solidarschuldner günstiges Argument für alle wirkt, entgegen, sondern sie widerspricht auch der sonst so ängstlich beobachteten Lehre von der gegenseitigen Stellvertretung der Mitschuldner. Diese aus dem Rahmen des ganzen Systems fallende Entscheidung wurde nicht wie die meisten anderen von den älteren Schriftstellern übernommen, sondern erst von den Redaktoren des Code civil eingeführt. De lege ferenda ist sie zu beseitigen.

---

1) S. Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 275.

2) z. B. beim Erlaß, Art. 1284, 1285, bei der Novation Art. 1281, beim Eid Art. 1365.

Allerdings besteht eine Möglichkeit, diese unliebsame Regelung zu umgehen: eine ausdrückliche Abrede zwischen dem Gläubiger und dem den Vertrag schließenden Mitschuldner, daß der Vertrag auch den übrigen Solidarschuldnern zugute kommen solle.

Im Gegensatz zur Regelung vom Vergleich wird durch eine zwischen dem Gläubiger und einem Mitschuldner zustandegekommene Novation[1]) auch der andere Gesamtschuldner befreit. Art. 1281, al. 1. Diese Bestimmung dürfte zunächst wieder auf die représentation mutuelle zurückzuführen sein, vielleicht aber spielt auch der gegenüber unserem Rechtssystem erweiterte Begriff der Novation eine Rolle, der die Abtretung einer Forderung und die private Schuldübernahme mitumfaßt.

Eine Ausnahme von Art. 1281, I bildet Abs. III, der das Zustandekommen der beabsichtigten Novation eventuell ganz ausschließt: wenn nämlich der Gläubiger den Beitritt auch der übrigen Solidarschuldner zu der durch den Vertrag entstehenden neuen Verpflichtung von vornherein verlangt hat, die Mitschuldner ihn aber verweigern, so bleibt die alte Solidarschuld in ihrer ursprünglichen Form für alle Beteiligten bestehen.

Das englische Recht endlich macht einen Unterschied zwischen Vergleich und Novation in unserem Sinne nicht. Die engischen Juristen kennen zwar den Begriff Novation, den sie aus dem römischen Recht übernommen haben. Er scheint aber im Lauf der Zeit seine ursprüngliche Bedeutung verloren zu haben, denn die modernen englischen Schriftsteller[2]) bezeichnen mit Novation fast durchweg die privative Schuldübernahme allein. Der reinste Begriff findet

---

1) Der C. c. faßt den Begriff Novation weiter als unser Rechtssystem. Die Legaldefinition des Art. 1271 kennt 3 Arten: die eigentliche Novation, die privative Schuldübernahme und die Forderungsabtretung.

2) So Pollock, Principles of Contract, p. 218; Chitty, on Contract, p. 960.

sich bei Halsbury[1]), der folgende Definition gibt: „novation is a form of assignment, in which, by the consent of all parties, a new contract is substituted for an existing contract usually but not necessarily a new person becomes party to the new contract."

Praktisch aber fällt nach englischem Recht Vergleich und Novation in unserem Sinn in den einen Begriff: accord and satisfaction zusammen. Schon der Zusatz and satisfaction weist auf das Hereinspielen der englischen consideration-Lehre hin. Ein Vergleich bildet nämlich nur dann ein Verteidigungsmittel gegen eine Kontraktsklage, wenn er eine der Aufgabe des früheren Rechts durch den Gläubiger angemessene consideration darstellt. Sind diese allgemeinen Voraussetzungen erfüllt, so befreit ein zwischen dem Gläubiger und einem von den Mitschuldnern (gleichgültig, um welche Art der Haftung es sich handelt) geschlossener accord and satisfaction auch die übrigen Verpflichteten[2]).

§ 10. Verschulden und selbstverschuldete Unmöglichkeit.

Das Verschulden wirkt nach deutschem Recht prinzipiell nur zugunsten desjenigen Gesamtschuldners, in dessen Person es gegeben ist. So § 425, II B.G.B. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz tritt dann ein, wenn sich aus dem Innenverhältnis zwischen den einzelnen Mitschuldnern ein anderes ergibt. So wurde z. B. entschieden[3]), daß bei mehreren in Kanzleigemeinschaft stehenden Anwälten das Verschulden des einen auch zu Ungunsten der anderen wirke, da in solchen Fällen eine stillschweigende gegenseitige Übernahme der Haftung für die Versehen der übrigen

1) Laws of England, Title Contracts, p. 505.

2) S. Nicholsen v. Revill in Bd. 1, S. 70 der Encyclopaedia unter accord and satisfaction zitiert, mir aber nicht zugänglich.

3) S. auch R.G. 65, 29; 85, 307; 88, 344.

Kollegen zu unterstellen sei, — eine auf derartige Fälle spezialisierte Anwendung des Gedankens eines mandat tacite.

Was die selbstverschuldete Unmöglichkeit betrifft, so ist zu unterscheiden, ob durch das Verschulden des einen die Leistung für alle Mitschuldner unmöglich geworden ist, oder ob es sich um eine bloße subjektive Unmöglichkeit bei Fortbestand der Leistungsverpflichtung für die anderen handelt. Im ersteren Fall werden die schuldlosen Mitverpflichteten gemäß §§ 275, 323 frei; lediglich derjenige, durch dessen Verschulden die Unmöglichkeit verursacht wurde, ist schadensersatzpflichtig. §§ 280, 325. Im 2. Fall dagegen bleiben die übrigen Mitschuldner zur Leistung verpflichtet wie vorher und der das subjektive Unvermögen herbeiführende Gesamtschuldner wird wieder schadensersatzpflichtig.

Art. 1205 C. c. regelt die zu untersuchende Frage für Frankreich dahingehend, daß auch bei objektiver Unmöglichkeit sämtliche Mitschuldner zum Wertersatz verpflichtet bleiben, während der eine, in dessen Person das Verschulden gegeben war, darüber hinaus auf Schadensersatz haftet. Wie diese höchst auffallende Lösung zu erklären ist, wurde bereits bei der Behandlung des Schuldnerverzugs erwähnt.

Diese Regel fand jedoch und findet noch heute gewohnheitsmäßig dann keine Anwendung, wenn eine Vertragsstrafe für den Fall der Vereitelung der Leistung und sonstiges Zuwiderhandeln gegen die Vertragspflichten ausbedungen ist. Hier sind alle Mitschuldner zur Leistung des Schadenersatzes verpflichtet, denn es handelt sich nicht mehr um Verschulden oder Nichtverschulden des Einzelnen, sondern um die vertragliche Übernahme der Ersatzverpflichtung für den Fall der objektiven Erfüllung des Tatbestandes.

D. Wirkt die Befreiung eines Mitschuldners auch zugunsten der übrigen?

§ 11. Zahlung und Erfüllungssurrogate.

Die Erfüllung der Obligation durch einen Mitschuldner hat in allen drei hier zu betrachtenden Rechtsordnungen die gleiche Wirkung: sie befreit zugleich mit dem zahlenden auch die übrigen Mitschuldner von der Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber, und, je nach dem Innenverhältnis eventuell vou jeder Verbindlichkeit überhaupt.

Diese Regel gilt in erster Linie von der normalen und häufigsten Art der Befriedigung des Gläubigers: der Erfüllung[1]). Daß die Zahlung von einem der Mitschuldner selbst geleistet werde, ist nicht nötig, sondern es genügt zur Enthaftung aller, wenn irgend ein Dritter die Schuld begleicht[2]). Der Fall, daß es sich um eine höchstpersönliche Verpflichtung handelt, wird bei Solidarität der Schuldner nicht vorkommen.

Gesamtbefreiende Wirkung hat aber neben der Erfüllung auch die Leistung an Erfüllungs statt[3]) (in England durch negotiable instrument) und für Deutschland und Frankreich die Hinterlegung[4]); nach deutschem Recht hat sie allerdings nur gesamtbefreiende Wirkung, wenn sie unwiderruflich geworden ist gemäß §§ 376, 378 B.G.B.

England kennt die Hinterlegung zwecks Befreiung der Schuldner nur in etwas anderer Form: Wenn der Schuldner dem Gläubiger ein erfolgloses Angebot der Leistung gemacht hat, muß er auch nach der Verweigerung der Annahme durch den Gläubiger stets bereit und in der Lage sein, die Summe zu bezahlen. Im Falle einer Klage des

1) § 422 B.G.B., Art. 1200 C. c., Beaumont v. Greathead, II Mews' Digest 1482, 1662; X 886.

2) Deutschl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zu 422; Frankreich, Planiol a. a. O. II, 241; England Thorne v. Smith I Mews' Digest, 846, XI, 1053.

3) und 4) ebenso.

Gläubigers muß er den Betrag bei Gericht hinterlegen, um sich vor Verurteilung in die Kosten dieses Verfahrens (Verurteilung zur Leistung erfolgt stets, bringt aber weiter keinen Nachteil) und ein Recht auf Ersatz der Auslagen für die Verteidigung gegen die Klage zu erhalten[1]). Hinterlegt kann nur Geld werden; bei Wertpapieren und anderen Gegenständen ist die Hinterlegung ausgeschlossen.

§ 12. Die Aufrechnnng.

Auch der Aufrechnung schreibt das deutsche Gesetz gesamtbefreiende Wirkung zu. § 422 B.G.B. Doch gelten für sie einige Besonderheiten. Im allgemeinen kann nämlich nur derjenige Schuldner gegenüber dem Gläubiger aufrechnen, dem selbst eine Forderung gegen letzteren zusteht. Wird dagegen einer der anderen Solidarschuldner in Anspruch genommen, so kann dieser nicht mit der Forderung seines Mitschuldners aufrechnen, denn er würde ja dadurch über eine fremde Forderung verfügen. Diese Regelung gilt auch, abweichend vom gemeineu Recht, bei in einem Gesellschaftsverhältnis stehenden Mitschuldnern. Hat z. B. der Gläubiger A eine Forderung gegen B, C und D und letzterer eine Forderung gegen A, so kann D gegenüber A aufrechnen; klagt aber A gegen B oder C, so sind diese zur Zahlung der ganzen Schuld verpflichtet, ohne daß ihnen das Aufrechnungsrecht des D zugute käme. Eine scheinbare Ausnahme davon besteht nur bezüglich der durch den aufrechnungsberechtigten Mitschuldner bereits dem Gläubiger gegenüber erklärten Aufrechnung. Hier kann, wenn nachher der Gläubiger die Summe von B oder C verlangt, auch jeder von diesen sich einredeweise auf die bereits erklärte Aufrechnung des D berufen, denn die Schuld ist mit der Aufrechnung untergegangen.

Das französische Recht hat die gleiche Lösung in Art. 1294, III C. c..

1) R.S.C. order XXII, r. 3.

Im englischen Recht dagegen ist die ganze Struktur der Aufrechnung eine andere. Zunächst ist sie nicht durch einfache Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger möglich, sondern nur in Form einer Einrede oder Widerklage im Prozeß[1]). Bis vor kurzer Zeit war sie ferner nur zulässig, wenn es sich um liquidated oder ascertained amounts handelte, jetzt aber kann sie bei allen Arten von Gegenansprüchen geltend gemacht werden seit der Judicature Act. von 1873 und Order XIX, r. 3 der Rules of the Supreme Court. Jedoch kann das Gericht auf Antrag des Klägers die Aufrechnung oder Widerklage im schwebenden Prozeß verweigern.

Unter diesen Vorsussetzungen interessiert die Frage der Aufrechnung bei joint liability überhaupt nicht. Denn es muß ja gegen alle zugleich geklagt werden. Auch für joint and several debtors kommt die Aufrechnung nur in bescheidenem Umfang in Frage. Denn eine Widerklage kann nur der Berechtigte selbst erheben, nicht aber einer seiner Mitschuldner[2]). Diese Regel bezieht sich aber nicht nur auf den eigentlichen counter-claim, sondern auch auf das pleading, die Einrede. Aus dem Urteil Murphy v. Glaß[3]) ergibt sich, daß eine einredeweise Geltendmachung der Aufrechnung mit einer einem Mitschuldner zustehenden Forderung gleich wie bei uns nicht zulässig ist.

Bei several liability kommt eine Aufrechnung von vornherein nur für den persönlich Berechtigten in Frage.

Ein Mittel, trotzdem zur Geltendmachung der Aufrechnung zu kommen, wäre nur durch die oben besprochene Möglichkeit gegeben, die übrigen Mitschuldner mit vor Gericht zu ziehen.

§ 13. Konfusion.

Wenn sich die Forderung mit der Schuld in der Person eines solidarisch Verpflichteten vereinigt (gleichgültig, wie

1) Searles v. Sadgrove in XIV Mews' Digest, 24.
2) Bowyear v. Pawson, Auszug in XI Mews's Digest 847.
3) 20 L.T.R. 461.

die Konfusion sich vollzieht), so wirkt diese Tatsache nur für den Schuldner, in dessen Person sie eintritt. Auf die Stellung der anderen dagegen hat sie im allgemeinen keinen Einfluß und der neue Gläubiger kann von seinen Mitverpflichteten die Bezahlung der Schuld verlangen abzüglich seines Anteils. Er hat nur dann kein Recht, etwas zu fordern, wenn er nach dem Innenverhältnis der allein Verpflichtete ist und nicht regreßberechtigt wäre. Wenn etwa A, B und C zugunsten des A ein Darlehen aufnehmen und sich zur Rückzahlung solidarisch verpflichten, so kann A, wenn er den Gläubiger beerbt, von den anderen beiden nichts mehr verlangen.

Quellenstelle für das deutsche Recht ist § 425 Abs. II BGB.

Das französische System trifft die gleiche Bestimmung durch Art. 1209, 1301, III C. c.

An das englische Recht muß man unter anderen Voraussetzungen herangehen, da es einen direkten Eigentumsübergang des Nachlaßes auf den Erben im allgemeinen nicht kennt, sondern der Nachlaß fällt an den personal representative, der die Stellung eines trustee einnimmt. Personal representative ist entweder der executor (wenn durch Testament bestimmt) oder der (durch die Probate Division des High Court ernannte) administrator. Auf ersteren geht alles Eigentum des Erblassers sofort mit dessen Tode über. Der Eigentumsübergang tritt aber nicht zu eigenem Recht des personal representative ein, sondern „in right of the deceased"; es tritt aber keine Konfusion der beiden Vermögensmassen ein, sondern sie bleiben nebeneinander abgesondert bestehen[1]). Etwas anders liegt es beim administrator: das Eigentum am Nachlaß geht erst mit der Bestellung des administrator durch den High Court auf ersteren über, während in der Zwischenzeit das Eigentum am personal estate des Erblassers dem Judge

1) 68 L.T.R. 363 und die bei Jenks a. a. O zit. Urteile!

of the Court of Probate zusteht[1]). Aber auch dieser ist nur trustee und besitzt nicht zu eigenem Recht.

Somit ist eine Vereinigung von Forderung und Schuld durch Erbgang in unserem Sinn überhaupt nicht möglich, denn der Erbe erwirbt nicht unmittelbar Eigentum an den Forderungen oder Schulden seines Erblassers. Eine spätere Konfusion auf dem Wege über den personal representative ist insofern ausgeschlossen, als dieser nach Art eines Konkursverwalters das Vermögen des Erblassers zu versilbern und erst den Erlös zu verteilen hat, sodaß der Übergang einer Forderung oder Schuld überhaupt nicht vorkommen kann.

§ 14. Erlaß.

Zunächst ist scharf zu unterscheiden der Erlaß der Solidarität und der Erlaß der Schuld, in Bezug auf welche Solidarität besteht.

Der Erlaß der Schuld wirkt nach deutschem Recht nur dann für alle, wenn dadurch das ganze Schuldverhältnis aufgehoben, nicht aber wenn lediglich einer der Mitschuldner von der Zahlungsfrist befreit werden sollte. § 423 B.G.B. Worauf die Absicht der Parteien gerichtet war, ist aus dem Vertragsganzen zu schließen. Zum B. wird aus einer Quittung oder der Rückgabe des Schuldscheins ein pactum in rem gefolgert. Im Zweifel dagegen ist nach der herrschenden Lehre[2]) Wirkung nur für den einen Mitschuldner anzunehmen, mit dem der Vertrag abgeschlossen wurde.

Im französischen Recht sind maßgebend Art. 1284, 1285 C. c., die die gleiche Grundlage geben wie unser B.G.B., aber besondere Erfordernisse aufstellen für den Fall, daß nur einer der Mitverpflichteten befreit werden sollte. Im Zweifel wird im Gegensatz zum deutschen Recht Erlaß zugunsten aller angenommen. Die Wendung „à moins

1) 21 und 22 Vict. c. 95, s. 19.

2) S. Enneccerus, a. a. O. Bd. IIS. 275.

que le créancier n'ait expressement réservé ses droits contre ces derniers" hat lebhafte Zweifel darüber hervorgerufen, was zum Vorbehalt der Rechte notwendig und genügend ist.

Sollte nur einem Mitschuldner ein Erlaß gewährt werden, so kann sowohl nach deutschem als französischem Recht der Gläubiger von jedem der übrigen Mitschuldner nicht mehr die ursprünglich ganze Summe, sondern nur den nach Abzug des Anteils des Mitschuldners, dem erlassen wurde, verbleibenden Restbetrag verlangen. C. c. Art. 1285 spricht das aus. Unser Gesetz regelt die Frage als selbstverständlich nicht ausdrücklich.

Auch nach englischem Recht ist wie in Frankreich bei Erlaß der Schuld nur gegenüber einem Mitschuldner ein eigener Vorbehalt der Rechte gegenüber den anderen Verpflichteten nötig [1]). Damit wird es in der englischen Rechtsprechung sehr genau genommen [2]).

Nach den jeweils gleichen Regeln wie der Erlaß der Schuld wir auch der Erlaß der solidarischen Haftung behandelt. Er kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend gewährt werden. Der Gläubiger willigt dadurch in die Teilung der Schuldsumme ein und kann beim Erlaß gegenüber allen vom Zeitpunkt des Erlassvertrags an nur mehr von jedem früheren Mitschuldner seinen Anteil verlangen. War der Erlaß dagegen nur einem Mitschuldner gewährt worden, so bleibt dem Gläubiger gegenüber den anderen das Recht jeden Einzelnen auf die ganze Summe, abzüglich des Anteils zu belangen, der auf den aus der Solidarität Entlassenen trifft. Art. 1210 C. c. Diesen selbst kann er nur mehr auf seinen Anteil in Anspruch nehmen. Art. 1211,I. Ein stillschweigender Erlaß der Solidarität wird dann vermutet, wenn z. B. der Gläubiger einem Mitschuldner, der seinen Kopfteil bezahlt, eine

1) North v. Wakefield in II News'Digest 1355 und V, 463.
2) Mercantile Bank of Sidney v. Taylor in VI News'Digest 739.

Quittung „pour sa part“ ausstellt, ohne sich seine Rechte ausdrücklich vorzubehalten. Art. 1211,II. Ebenso wenn ein Gläubiger gegenüber einem Mitschuldner in Höhe seines Anteils Klage stellt und daraufhin der Anspruch anerkannt wird oder ein Urteil auf diesen Betrag ergeht. Art. 1211,III. Endlich, wenn der Gläubiger während 10 aufeinanderfolgenden Jahren die Zinsen nur von dem Anteil eines Mitschuldners eingezogen hat, ohne sich seine Rechte vorzubehalten. Vor Ablauf der 10 Jahre geht der Anspruch auf das Ganze an Zinsen und Kapital nur bezüglich der bereits fälligen Zinsen verloren. Art. 1212.

Im deutschen Recht wird der Erlaß der Solidarität als einseitiger Verzicht des Gläubigers auf das Recht, von jedem Schuldner die ganze Summe zu verlangen, aufgefaßt.

Das englische Recht hält den Erlaß der Solidarität nicht klar vom Erlaß der Schuld auseinander. Die Behandlung dürfte aber, soviel aus den oben angeführten Urteilen hervorgeht, die gleiche sein.

§ 15. Urteil und Rechtsmitteleinlegung.

In der Beantworrung der Frage, welche Wirkung ein gegen einen Mitschuldner erfochtenes Urteil auf die Beziehungen der übrigen Mitverpflichteten zum Gläubiger habe, gehen die deutsche, französische und englische Rechtsordnung weit auseinander.

Das deutsche Recht gibt eine klare, wenn auch vielleicht in manchen besonders gelagerten Fällen harte Lösung in § 425, II: Das Urteil bleibt ohne Einfluß auf die Beziehungen des Gläubigers zu den übrigen Mitschuldnern. Das ist nur die Anwendung der allgemeinen Regelung in § 325 Z.P.O., der ein Urleil stets nur zwischen den selbst am Prozeß beteiligten Parteien wirken läßt. Für das deutsche Recht erübrigt sich bei dieser Lösung des Problems ein Eingehen auf die Rechtsmitteleinlegung.

Die französische Rechtsprechung stand früher auf dem gleichen Standpunkt und die Wissenschaft vertritt ihn noch heute zum Teil[1]). Der Umschwung in der Judikatur vollzog sich seit 1804.

Die Cour de Cassation hat sich zuerst für die Erweiterung der Rechtskraftwirkung bei der Solidarität für den Fall ausgesprochen, daß das Urteil, das dem einen Mitschuldner gegenüber erlangt wird, für ihn und seine Genossen günstig ist. Fällt es jedoch für den verurteilten Gesamtschuldner ungünstig aus, so sollte es vom Gläubiger den anderen Verpflichteten nicht entgegengehalten werden können[2]).

Heute betrachtet die Rechtsprechung, noch weitergehend, ein gegen einen Mitschuldner erfochtenes Urteil als gegen alle übrigen Verpflichteten wirksam[3]), ausgenommen wenn ein Schuldner dem Gläubiger eine persönliche Einrede entgegenhalten kann[4]) oder wenn das Urteil durch betrügerisches Zusammenwirken des Gläubigers mit dem verurteilten Schuldner zustandegekommen ist[5]) oder endlich, wenn der belangte Mitschuldner eine allen gemeinsame Einrede, welche zur Klagsabweisung geführt hätte, geltend zu machen versäumt hat[6]). Diese Ausdehnung der Rechtskraftwirkung wird von der Judikatur mit dem mandat tacite begründet. So sagt ein Urteil wörtlich: «Attendu qu'en matière d'obligation solidaire, et en raison même de la nature de ces obligations, chacun des codébiteurs solidaires qui peut aux termes de l'art. 1203 C. c. être poursuivi seul pour la totalité de la dette, et qui a le droit, aux termes de l'art. 1208 du même code d'opposer au créancier toutes

1) So z. B. Aubry et Rau a. a. O. Bd. IV, § 298 ter, VIII, § 769 Anm. 52.

2) D. P. 46, 1, 102.

3) D. P. 86, 1, 251.

4) Arg. Art. 1208, II c. c.

5) S. Anm. zu D. P. 86, 1, 251.

6) Sirey 1906, 1, 345, Anm.!

les exceptions qui résultent de la matière de l'obligation doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés. Que dès lors la chose jugée avec l'un des codébiteurs solidaires est opposable à tous les autres codébiteurs.[1])«

Alle Urteile sprechen nur davon, daß ein von einem Mitschuldner oder gegen ihn erlangtes Urteil den anderen entgegengehalten werden könne. Soll darunter verstanden werden, daß das Urteil ohne weiteres auch den anderen gegenüber vollstreckbar ist, oder ist der Begriff enger gefaßt? Ersteres wird nur ganz vereinzelt behauptet[2]); die Rechtsprechung und die herrschende Meinung dagegen scheinen sich auf den Standpunkt zu stellen, daß auch bei Solidarität ein gegen A lautendes Urteil nicht einfach gegen B, C und D vollstreckt werden kann. Ein Urteil der Cour de Bordeaux bemerkt dazu[3]): »Aux termes de l'art. 1200 c. c., les codébiteurs solidaires peuvent être contraints pour la totalité de la dette, mais qu'il ne résulte d'aucune disposition légale que la condamnation intervenue contre l'un d'eux soit exécutoire contre les autres codébiteurs qui n'auraient été ni appelés ni entendus dans l'instance, par suite de laquelle la condamnation a été prononcée.« Diese Entscheidung wird damit begründet, daß bei Annahme der Vollstreckbarkeit auch gegenüber den anderen die Bestimmung der sukzessiven Verfolgbarkeit der Mitschuldner in Art. 1204 c. c. illusorisch würde. Diese Ansicht dürfte die richtige sein.

Bei der Rechtsmitteleinlegung von Seiten der einzelnen Schuldner oder ihnen gegenüber sind zwei Fälle auseinanderzuhalten:

---

1) D. P. 82, 1, 377.

2) z. B. von Cheauveau, quest. 1201 bis, mir nicht zugänglich, aber bei Dalloz, Rép. Obl. no. 1425 zitiert.

3) D. Rép. Obl., in Anm. zu no. 1425 abgedruckt.

1. Die Zustellung eines zugunsten aller Mitschuldner ergangenen Urteils durch einen von ihnen setzt die Rechtsmittelfrist nur zugunsten dieses einen Zustellenden in Lauf. Gegenüber den anderen kann der Gläubiger auch nach Ablauf dieser Frist noch wirksam Rechtsmittel einlegen. Jedoch kann ein daraufhin zugunsten des Gläubigers ergangenes Urteil nur den mit der Zustellung säumigen Mitschuldnern entgegengehalten werden, während dem Zustellenden gegenüber das erstinstanzielle Urteil Rechtskraft erlangt hat[1].)

2. Eine ähnliche Entscheidung traf die Cour de Cassation in Bezug anf den umgekehrten Fall, die Rechtsmitteleinlegung durch die Mitschuldner bei gleichzeitiger Belangung aller. Da durch die Klage jeder Einzelne in Verzug gesetzt sei, müsse auch jeder selbst die ihm zu seiner Verteidigung und Rechtsmitteleinlegung gesetzte Frist wahrnehmen, nicht aber wirke die Rechtsmitteleinlegung durch die einen Schuldner auch zugunsten der anderen[2]). Die Cour de Cassation begründet ihre Stellungnahme damit, daß, wenn alle vor Gericht gezogen sind, kein mandat tacite vorliege, da es hier unnötig wäre.

Planiol[3]) scheint zwar, wenigstens in Bezug auf die erstere Entscheidung, anderer Meinung zu sein, ohne dies jedoch näher zu begründen. Die Argumentation des Obersten Gerichtshofes scheint mir stichhaltig, denn es steht ja in dem Belieben jeder beteiligten Partei, das in erster Instanz abgeschlossene Verfahren durch ihre Anregung in höherer Instanz weiterzuführen. Versäumt ein Mitschuldner diese Gelegenheit, so hat er die Folgen selbst zu tragen.

Das englische Recht ist hier im Ergebnis mehr dem deutschen angenähert, jedoch aus verschiedenem Grund.

---

1) D. P. 92, 1, 177; 1901, 1, 443; Pand. Fr. 1901, 1, 449.

2) D. P. 94, 1, 378; 1901, 1, 443; aber gegenteiliger Meinung, D. P. 92, 1, 8.

3) t. II, p. 246, note 1.

Die Frage der Ausdehnung der Rechtskraft scheint dort überhaupt nicht akut geworden zu sein. Wenigstens lassen sich weder aus den wichtigsten Lehrbüchern noch aus der Judikatur derartige Schlüsse ziehen. Da bei bloßer joint liability mehrerer Personen durch Klagen gegen eine von ihnen das Klagerecht gegen alle konsumiert wird, wäre eine Ausdehnung der Rechtskraftwirkung unlogisch und unmöglich. Sollte sie wie im französischen Recht auf die Tatsache der Feststellung der Schuld beschränkt sein, so wäre sie zwecklos, da es keinen Prozeß mehr gegen die übrigen Schuldner gibt. Sollte die Ausdehnung aber bis zur Vollstreckbarkeit gegen die anderen getrieben werden, so wäre damit die Einrichtung der Klagesumption illusorisch gemacht.

Etwas anders läge der Fall bei joint and several debtors. Aber mangels einer der französischen Lehre vom mandat tacite entsprechenden Theorie dürften auch hier wieder die in dem Urteil Murphy v. Glass[1]) befolgten Grundsätze Anwendung finden.

Damit ist die Möglichkeit einer Rechtskrafterweiterung auch für diesen Fall ausgeschlossen und aus dem gleichen Grunde kann nur jeder für sich Rechtsmittel einlegen.

Vom rechtspolitischen Standpunkt aus scheint die deutsche und englische Regelung mehr zu begrüßen als die französische. Denn trotz der Begründung mit dem mandat tacite ist die Erweiterung der Rechtskraftwirkung ein direkter Widerspruch zu dem auch vom heutigen französischen Recht festgehaltenen Satz: res judicata jus facit inter partes. Vielleicht wäre aber diese Sonderregelung (daß sie in Frankreich durch die Rechtsprechung, nicht durch die Gesetzgebung herbeigeführt wurde, ist bei der dort beherrschenden Stellung derselben ganz erklärlich) trotzdem nicht so zu tadeln, wenn sie ihrerseits nicht wieder durch bloße Billigkeitrücksichten, die logisch nicht zu recht-

1) 20 L.T.R. 461, s. auch § 12 dieser Arbeit.

fertigen sind, unterbrochen wäre: so z. B. in der Ausnahme bei betrügerischem Zusammenarbeiten zwischen Gläubiger und Schuldner, oder wenn der beklagte Mitschuldner eine allen gemeinsame Einrede nicht geltend gemacht hat. In diesen Fällen würde es wohl richtiger sein, zu sagen: sollen die Mitschuldner den Vorteil genießen, ohne weitere eigene Bemühungen das zugunsten eines von ihnen ergangene Urteil auszunützen, so müßte andererseits auch ein Mißgriff des vom Gläubiger zuerst in Anspruch genommenen Mitverpflichteten zu ihrer aller Lasten gehen. Praktisch bleiben ja auch dann Ersatzansprüche gegen den betreffenden Mitverpflichteteten aus dem unterstellten Auftragsverhältnis, eventuell aus Delikt. Da ferner die Rechtskrafterweiterung nicht bis zur Vollstreckbarkeit gegen die übrigen Verpflichteten getrieben ist, würde bei der eben vorgeschlagenen Regelung nicht einmal ein eigenes Verfahren nötig werden, sondern die geschädigten Schuldner könnten ihre Rechte im Prozeß durch Widerklage geltend machen. Sollte gegenüber dem verurteilten Schuldner vollstreckt werden und dieser dann Regreß nehmen, so könnten die Mitschuldner die anteilige Befriedigung mit der Einrede verweigern, daß der Anspruch auf betrügerische Weise erlangt sei. Praktisch führt allerdings auch die vorgeschlagene Regelung nicht zu einer wesentlichen Beschleunigung oder Ersparung der Inanspruchnahme des Gerichts, aber bei konsequenter Durchführung der französischen Prinzipien müßte man zu diesem Resultat gelangen.

E. Einwendungen.

§ 16. Einwendungen, die allen Mitschuldnern zustehen.

Man hat zu unterscheiden zwischen Einreden, zu deren Geltendmachung jeder der Mitverpflichteten berechtigt ist und solchen, die nur einem Mitschuldner zustehen.

Unter die erste Gattung fallen alle Einreden, die sich aus dem Rechtsverhältnis selbst ergeben und welche daher

für jeden Mitschuldner in gleicher Weise vorliegen. Solche anspruchvernichtende und aufschiebende Einwendungen sind z. B. die Nichtigkeit in Bezug auf das ganze Rechtsverhältnis; sie kann eine absolute sein, herbeigeführt durch die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit usw. des Objekts der Verpflichtung (A. und B. verpflichten sich gegenüber C., einen diesem mißliebigen Menschen zu ermorden); oder aber die Nichtigkeit kann eine relative, heilbare sein, etwa im Mangel der Form liegen (X. und Y. verpflichten sich solidarisch, dem A. in Zukunft eine Schenkung zu machen, ohne ein notarielles Schenkungsversprechen zu geben).

Andererseits ist die Möglichkeit eines für alle anfechtbaren Rechtsgeschäftes gegeben, z. B. bei arglistiger Täuschung, Drohung oder Gewalt gegenüber allen (A., B. und C. kaufen ein Haus, das, wie sich nachher herausstellt, mit dem Schwamm behaftet ist, was der Verkäufer den Käufern arglistig verschweigt).

Allen solidarisch Verpflichteten gemeinsame Einwendungen können sich auch daraus ergeben, daß in bestimmten Punkten die Leistungsmodalitäten für alle Mitschuldner übereinstimmen (wenn der Gläubiger allen solidarisch Verpflichteten Stundung gewährt hat).

Endlich kommen als ziemlich häufige gemeinsame Einwendungen die aus den Erlöschungsgründen entspringenden in Betracht. (Der Mitschuldner A. erfüllt die gemeinsame Schuld; der Gläubiger verlangt die Bezahlung nochmals von A. oder B.; beide haben die Einrede der bereits erfolgten Zahlung. Oder eine von A. und B. geschuldete Speziessache geht znfällig unter. Beide Schuldner können einwenden, daß sie durch zufälligen Untergang frei geworden sind.

Diese Regelung in dem deutschen, französischen und englischen Recht gemeinsam. Im B.G.B. findet sich zwar keine eigens darauf bezügliche Bestimmung, aber die Lösung ergibt sich aus §§ 422, I, 423. Quellenstelle für das fran-

zösische Recht ist Art. 1208 c. c. Im englischen Recht sind die Urteile Murphy v. Glass[1]), Beaumont v. Greathead[2]), Thorne v. Smith[3]) heranzuziehen.

§ 17. Einwendungen, die nur einem Mitschuldner zustehen.

Anders als die vorher erwähnten werden diejenigen Einreden behandelt, die sich auf Tatsachen gründen, welche nur in der Person eines Mitschuldners vorliegen. Sie können nur von dem Verpflichteten, bei dem sie gegeben sind, geltend gemacht werden.

Auch hier ist eine Dreiteilung zweckmäßig. Die Einwendungen können sich stützen:

1. auf Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit einer Verpflichtung, z. B. A und B haben freiwillig ein solidarisches Schuldanerkenntnis unterschrieben, C nur infolge Anwendung physischer Gewalt. C allein kann daraus einen Einwand herleiten. Oder X, Y und Z kaufen gemeinsam eine mit Mängeln behaftete Sache; die beiden ersteren kennen den Mangel, der letztere wurde arglistig darüber getäuscht; er allein kann die Täuschung einwenden.

Der häufigste Nichtigkeitsgrund dürfte die Geschäftsbeschränktheit eines der solidarisch Verpflichteten sein. Der Betreffende kann dann geltend machen, daß er noch nicht voll geschäftsfähig ist und daß der Vertrag auch nicht nachträglich von seinem gesetzlichen Vertreter genehmigt wurde.

Eine 2. Gruppe von persönlichen Einwendungen kann entstehen aus den verschiedenen Modalitäten verschiedener Leistungen, z. B. wenn die Verpflichtung des A bedingungslos, die des B unter einer aufschiebenden oder auflösenden

---

1) 20 T.T.R. 461
2) II Mews' Digest 1482, X, 886.
3) II „ „ 1662.

Bedingung eingegangen ist. Oder wenn die Fälligkeit der Leistung nicht für alle Verpflichteten gleichzeitig eintritt.

3. endlich ergeben sich eine Reihe von rein persönlichen Einreden aus den nur für eine Verpflichtung geltenden Erlöschungsgründen, z. B. beim Erlaß der Schuld gegenüber einem Mitschuldner unter Vorbehalt der Rechte gegenüber den anderen, oder bei noch nicht erklärter Aufrechnung.

Diese Lösung ergibt sich für Deutschland wieder aus der Gesamtregelung, für das französische Recht kommt besonders Art. 1208, aber auch Art. 1294 C. c. in Betracht. Die englische Regel ist wieder aus dem Urteil Murphy v. Glaß zu ersehen.

II. Kapitel.

Die Verpflichtungen der Mitschuldner untereinander.

§ 18. Die Beziehungen der Mitschuldner und die Pflicht zur anteilsmäßigen Beitragsleistung.

In der überwiegenden Anzahl von Solidaritätsfällen sind die Mitverpflichteten untereinander durch ein besonderes Rechtsverhältnis verbunden, etwa durch ein zwischen ihnen bestehendes Gesellschaftsverhältnis oder durch einen Auftrag, usw. Alle diese Fälle werden näher im 2. Teil behandelt werden.

Das Vorliegen einer Solidarobligation ohne ein derartiges Kausalverhältnis, wie es etwa bei gemeinsamem Delikt gegeben ist, kommt nur selten vor.

Das Innenverhältnis bildet meist die Grundlage und bestimmt den Umfang der unten zu behandelnden Ausgleichungspflicht.

Unabhängig von dieser aber und schon vor der Befriedigung des Gläubigers durch einen Schuldner, vom Zeit-

punkt der Fälligkeit der Obligation an, ist jeder Schuldner zur Mitwirkung an der Gläubigerbefriedigung gegenüber seinen Mitschuldnern verpflichtet und diese haben ein Recht auf die Mitwirkung[1]). Bleibt einer der Mitschuldner mit dieser Leistung seinen Mitschuldnern gegenüber im Verzug, so ist er ihnen zum Ersatz des vollen daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Eine Ausnahme von dieser Vorschrift wird nur dann gemacht, wenn gegen einen der Mitschuldner auf Grund des Innenverhältnisses überhaupt kein Anspruch gegeben ist.

§ 19. Das Rückgriffsrecht.

Das Rückgriffsrecht ist sowohl im deutschen als im französischen und anglo-amerikanischen Recht in den Grundzügen gleich geregelt.

Nach geltendem deutschen Recht ist für alle Fälle, in denen nicht durch Gesetz oder Vertrag etwas anderes ausbedungen ist, und aus den ganzen Umständen des Falles sich nichts anderes ergibt, der § 426, I maßgebend: Die Verpflichtung zu anteilsmäßiger gleicher Beitragsleistung gegenüber dem zahlenden Mitschuldner. Diese Ausgleichungspflicht gründet sich unmittelbar auf die zwischen den Gesamtschuldnern bestehende Rechtsgemeinschaft, von der das Reichsgericht wiederholt spricht[2]). Sie entsteht nach der wohl richtigen Ansicht von Enneccerus[3]) nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern besteht schon von Anfang an als Eventualobligation im Gegensatz zum konkreten erst durch die Befriedigung des Gläubigers zur Entstehung gebrachten Ausgleichungsanspruch.

Prinzipiell ist also jeder zahlende Schuldner zu kopfteiligem Regreß gegenüber seinen Mitverpflichteten berechtigt. Außer dem auf Grund des Innenverhältnisses

1) S. dazu R.G. 79, 281; 81, 418; 92, 153.
2) R.G. 79, 290; 91, 418; 92, 151.
3) A. a. O. Bd. II, S. 276.

gegebenen Ausgleichungsanspruch geht die Forderung des ursprünglicheren Gläubigers im Augenblick der Befriedigung desselben auf den leistenden Mitschuldner über[1]). (Natürlich unter Abzug des auf ihn entfallenden Anteiles.) Der Übergang vollzieht sich nicht durch cessio necessaria, sondern durch cessio legis.

Die Ausnahmen von der Grundregel des § 426 sind ziemlich zahlreich und ergeben sich entweder

1. aus dem Gesetz selbst. Derartige Bestimmungen treffen z. B. die §§ 840, II und III, 841, 1833, I, 2, BGB, 735, II, 432, III, 454 HGB[2]).

All das sind Fälle, in denen eine Person den Schaden direkt verursacht hat, in denen aber zur Sicherstellung des Geschädigten und infolge ihrer Mitverantwortlichkeit für die Taten des eigentlichen Schädigers nach außen hin mehrere Personen nebeneinander haften; hier gibt das Gesetz für den Fall, daß die mitverantwortliche Person zuerst herangezogen wird, dieser einen Regreßanspruch in voller Höhe des von ihr geleisteten Betrags, weil letzten Endes der Schaden auf dem eigentlich Schuldigen sitzen bleiben soll.

Oder aber die Abweichung von § 426 ergibt sich

2. aus einem besonderen Versragsverhältnis: so z. B. wenn A den B beauftragt, in seinem Interesse eine Solidarschuld mit ihm einzugehen. B. kann, falls er vom Gläubiger auf das Ganze in Anspruch genommen wird, gemäß § 670 mit 426 gegen B in voller Höhe Regreß nehmen[3]).

3. Endlich ist in vielen Fällen die Jnteressenlage maßgebend für die Entscheidung über die Höhe des Regreßanspruches. Z. B. wenn A, B und C ein Darlehen solidarich aufnehmen, daß zu je $^1/_4$, für die Zwecke des A und B

1) S. auch J. W. 02, Beil. 245, 138.
2) S. dazu RG. 51, 367; 61, 60.
3) S. auch RG. 75, 253; 79, 261; 61, 56; 91, 273.

verwandt wird, während C die Hälfte des Geldes zu seiner Verfügung bekommt, so kann A, wenn der Gläubiger sich an ihn hält, von B $^1/_4$, von C die Hälfte des ganzen Betrages fordern, C dagegen von jedem nur $^1/_4$ verlangen[1]). Bei der Ausgleichung unter Gesellschaftern ist, wenn nichts besonderes bestimmt ist, für die Regreßpflicht eines Jeden sein vertragsmäßiges Anteilsverhältnis maßgebend[2]). Dagegen haften Mitbürgen im allgemeinen untereinander nach § 426 gemäß § 774, II. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur dann gegeben, wenn die Mitbürgen je in verschiedener Höhe für dieselbe Schuld Bürgschaft geleistet haben. Hier ist ein Rückgriff insoweit ausgeschlossen, als ein Bürge den von ihm übernommenen Höchstbetrag bereits an den Gläubiger bezahlt hat oder als der kopfteilige Betrag die von ihm übernommene Summe übersteigt[3]).

Die Beweislast ist nach deutschem Recht so geregelt, dass zunächst kopfteilige Regreßberechtigung vermutet wird, und daß derjenige, welcher eine andere Teilung im Innenverhältnis behauptet, die Gründe hierfür zu beweisen hat.

Jm wesentlichen die gleiche Lösung trifft das französische Recht. Quellenstelle ist Art. 1213 c. c. und zwar spricht die gesetzliche Vermutung auch hier für ein kopfteiliges Regreßrecht; eine andere Ausgleichungsverpflichtung tritt nur ein, wenn sie eigens stipuliert oder wenn das Interesse der einzelnen Parteien an dem Geschäft verschieden groß ist. Art. 1216 behandelt besonders den Fall, baß nur einer der Mitschuldner aus dem Vertrag einen Vorteil zieht und bestimmt, daß in diesem Fall die übrigen wie Bürgen zu behandeln sind (was sich natürlich nur auf das Verhältnis der Verpflichteten untereinander bezieht.

Auch nach geltendem französischem Recht vollzieht sich der Übergang der Forderung vom Gläubiger auf den

---

1) S. auch RG. 88, 124.
2) S. dazu JW 1912, 240, 7.
3) S. RG. 81, 418.

ihn befriedigenden Mitschuldner unmittelbar kraft Gesetzes Art. 1251, no. 3 c. c.[1]), im Gegensatz zu der Auffassung Pothier's, der, gleich unserem gemeinen Recht, cessio necessaria annahm.

Nach englischem Recht besteht bei Befriedigung des Gläubigers durch einen Mitschuldner, wobei gleichgültig ist, ob es sich um blosse joint oder um joint and several debtors handelt, wenigstens in equity die Vermutung, daß der Leistende von den Übrigen anteiligen Ersatz verlangen kann[2]) und zwar auch von den Rechtsnachfolgern eines verstorbenen Mitschuldners[3]). Am klarsten kommt die englische Auffassung in der Sentenz des Lord Redesdale im Falle Stirbing v. Forester zum Ausdruck. Diese Entscheidung ist in dem Urteil Ward v. National Bank of New Zealand[4]) auszugsweise abgedruckt: „The principle established in the case of Dering v. Lord Winchelsea is universal, that the right and duty of contribution is founded on the doctrines of equity, it does not depend upon contract. If several persons are indebted and one makes the payment the creditor is bound in conscience, if not by contract, to give the party paying the debt all his remedies against the other debtors."

Auch in England besteht die Möglichkeit des Ausschlusses der Ausgleichungspflicht und die Möglichkeit der Regreßberechtigung in verschiedener Höhe gegenüber den verschiedenen Mitschuldnern infolge besonderer Abmachungen oder auf Grund des Innenverhältnisses[5]).

Das Urteil Ellesmere Bewery Co. v. Cooper bestimmt ebenso wie § 774,II B.G.B., daß Mitbürgen für den Fall der

1) D. P. 91, 1, 475.

2) S. dazu Ward v. Bank of New Zealand 49 LTR. 317 und Dering v. Lord Winchelsea, 1, Cox, 318, der mir leider nicht zugänglich ist.

3) Prior v. Hembrow in VI, Mews'Digest 1616 und IX, 1323.

4) S. Anm. 1!

5) Dale v. Powell, 105 L.T.R. 291.

Jnsolvenz des Hauptschuldners im Innenverhältnis kopfteilig haften.

Anders als im deutschen wird im englichen Recht die Frage der dem Gläubiger für die ganze Schuld gestellten Sicherheit behandelt. Nach Mercantile Law Amendment Act soll nämlich ein Bürge oder sonstiger Mitverpflichteter das Recht haben, von diesem die sämtlichen Sicherheiten sich übertragen zu lassen.

Ein grundlegender Unterschied besteht zwischen dem kontinentalen und dem englischen System: in England vollzieht sich der Forderungsübergang nicht wie in Deutschland und Frankreich durch cessio legis, sondern noch heute in der schwerfälligeren Form der cessio necessaria.

§ 20. Die Art der Haftung der Regreßverpflichteten und ihre Haftung für den Ausfall bei Insolvenz eines Mitschuldners.

Die Regreßverpflichteten haften nach allen drei hier zu betrachtenden Rechtssystemen grundsätzlich nur je auf ihren Anteil, nicht mehr gesamtschuldnerisch. Das Fortbestehen der gesamtschuldnerischen Haftung würde ja dem Wesen der Solidarität widersprechen. Bei uns ist das im Gesetz als selbstverständlich gar nicht mehr eigens festgelegt; dagegen hat das Reichsgericht sich wiederholt in dieser Richtung ausgesprochen.[1])

Der C.c. trifft die gleiche Bestimmung in Art. 1214, I.

Auch die englische Rechtsprechung steht, wie aus dem Fall Dale v. Powell[2] hervorgeht, prinzipiell auf dem gleichen Standpunkt. Eine Ausnahme bildet, wie wir im letzten Paragraphen gesehen haben, s. 5 der Mercantile Law Amendment Act (1856). Sie räumt dem Regreßberechtigten

1) R.G. 92, 146.
2) 105 L.T.R. 291.

wenigstens gegenüber dem Pfandbesteller einen Anspruch in voller Höhe ein. Das nunmehr auf den Pfandbesteller abzüglich der beiden Teile übergehende Forderungsrecht allerdings steht diesem nicht wieder auf das Ganze zu, sondern nur gegen jeden auf seine Quote. Die eben besprochene Bestimmung stellt m. E. eine unbillige Verschlechterung der Lage des Pfandbestellers dar. Warum soll gerade derjenige, der vielleicht überhaupt erst durch die Pfandbestellung das Geschäft zustandegebracht oder günstigere Bedingungen erwirkt hat, insofern schlechter gestellt werden, als er nun gezwungen ist, seinerseits von den übrigen Regreßpflichtigen deren Anteile beizutreiben?

Eine weitere, aber nur scheinbare Ausnahme ist in folgendem Fall gegeben: Der Mitbürge A. befriedigt den Gläubiger. Dieser überträgt die Forderung durch „deed of assignment" auf ihn; der Mitbürge B. macht Konkurs und nun ist der zahlende A. berechtigt, als Konkursforderung die ganze Schuldsumme anzugeben. Jedoch darf er Konkursdividende höchstens im Betrag des auf den im Konkurs befindlichen entfallenden Anteils verlangen.[1])

Endlich ist in diesem Zusammenhang noch von der Haftung für den Ausfall durch Insolvenz eines Mitschuldners zu reden: Für das deutsche Recht ist § 426,I 2 B.G.B. maßgebend, wonach der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung Verpflichteten zu tragen ist. Der Maßstab der Verteilung ist nach allgemeinen Grundsätzen und Meinung des Reichsgerichts[2]) der gleiche wie bei der Regreßberechtigung.

Der Code civil legt die durch den Ausfall eines Anteils eintretende weitere Ausgleichspflicht und ihre Höhe in gleichem Sinne fest in Art. 1214,II.

---

1) Morgan v. Hill 71 L.T.R. 557.
2) R.G. 92, 146.

Auch die englische Rechtsprechung vertritt denselben Standpunkt in den Urteilen Hitchmann v. Stuart[1]), Lowe v. Dixon[2]), Ellesmere Brewery Co v. Cooper[3]).

Hat der Gläubiger einem der Mitschuldner seinen Anteil erlassen, so tritt dessenungeachtet bei Ausfall durch Insolvenz eines Mitschuldners die hierfür in Betracht kommende Ausgleichungspflicht auch ihm gegenüber ein. Diese Bestimmung ist bei uns im § 426 enthalten, der sagt: Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet. Das Innenverhältnis der solidarisch Verpflichteten wird ja durch einen Erlaß seitens des Gläubigers gegenüber einem von ihnen nicht im mindesten berührt. Es ginge nicht an, daß dem Gläubiger das Recht gegeben würde, durch eigenes Handeln die Mitschuldner schlechter zu stellen als vordem.

Für Frankreich ist Art. 1215 c. c., für England das Urteil Ward v. National Bank of New Zealand maßgebend.

Anhang zum ersten Teil.

§ 21. Die Beziehungen zwischen Solidarität und Unteilbarkeit.

Der Solidarität in vielen Punkten ähnlich, aber doch scharf von ihr zu trennen ist die Unteilbarkeit, die entweder durch die Natur der Sache bedingt ist oder auf Parteivereinbarung beruht.

Eine Verpflichtung ist dann von Natur unteilbar, wenn sie nicht „ohne Wesensänderung oder Wertverminderung durch mehrere inhaltlich gleiche Leistungen bewirkt werden kann[4])". Zweifellos unteilbar sind z. B. alle auf ein Unterlassen gerichteten Verpflichtungen und auch ein Teil der

1) XI Mews' Digest 1288.
2) XI „ „ 1287.
3) 73 L.T.R. 567.
4) Siehe Enneccerus a. a. O. Bd. I, § 228, III.

auf Vornahme einer Handlung zielenden. (Prototyp dafür ist die Verpflichtung zu der Bestellung einer Prädialservitut.)

Das deutsche Recht macht nur diesen Hauptunterschied und bestimmt, daß bei Verpflichtung mehrerer Personen zu einer unteilbaren Leistung gesamtschuldnerische Haftung eintrete. § 431 B.G.B. Demgemäß finden alle Vorschriften der §§ 421 ff. Anwendung. Enneccerus[1]) betont, daß die Solidarität nur eine unerwünschte, aber unvermeidliche Folge der Unteilbarkeit sei. Ob eine Verpflichtung teilbar oder unteilbar sei, ist nach der herrschenden Meinung lediglich nach der Natur der primär geschuldeten Leistung zu bestimmen; ein durch Surrogation an die Stelle derselben tretender Schadenersatzanspruch ist nicht maßgebend[2]).

Trotz der Vorschrift des § 431 betrachtet die Mehrzahl der Autoren[3]) den § 426, II im Falle der Unteilbarkeit nicht für anwendbar.

Den französischen Schriftstellern hat die Rechtsfigur der Unteilbarkeit von jeher große Schwierigkeiten bereitet. Seit der berühmten Abhandlung von Dumoulin: Extricatio labyrinthi dividui et individui wurden mannigfache Versuche einer Abgrenzung verschiedener Arten der Unteilbarkeit gemacht. Die gebräuchlichste ist die in Unteilbarkeit contractu, obligatione und solutione tantum.

Das moderne Gesetz behandelt die Unteilbarkeit in den Art. 1217—1225. Da nach diesen Bestimmungen die Unteilbarkeit nicht wie bei uns als ein Fall der Gesamtschuld konstruiert wird[4]), so sind beide Einrichtungen in Frankreich besonders scharf auseinander zuhalten.

---

1) a. a. O. Bd. I, 2, S. 254.

2) Kommentar der Reichsgerichtsräte Anm. 2 zu § 431. R.G. 67, 275.

3) Oertmann, a. a. O. Anmerkung 4 zu § 426.

4) Die Cour de Cassation allerdings bemühte sich längere Zeit hindurch jede unteilbare Verpflichtung als Solidarschuld zu konstruieren. S. Sirey 35, 1, 316, D. Rép Obl. no. 1516.

Beide rufen verschiedene gemeinsame Wirkungen hervor: einmal ist sowohl bei Solidarität wie bei Unteilbarkeit jeder Schuldner auf das Ganze verpflichtet, der Gläubiger nur zu einmaliger Forderung berechtigt. Die Unterbrechung der Verjährung durch den Gläubiger gegenüber einem Mitschuldner wirkt gegen alle Verpflichteten. Art. 2249, II. Die übrigen sekundären Wirkungen aber treten bei der Unteilbarkeit nicht ein, obwohl es z. B. folgerichtig wäre, wenn ebenso wie die Verjährung auch der Verzug und das Verschulden für und gegen alle wirken würde. Im Widerspruch zu dieser Lösung steht, daß nach ständiger Rechtsprechung die rechtzeitig eingelegte Berufung einer zu der unteilbaren Leistung verpflichteten Person zugunsten aller wirkt[1]). Der Gläubiger kann auch bei Unteilbarkeit wie bei Solidarität jeden Beliebigen in Anspruch nehmen (allerdings hat dieser dann die durch Art. 175 C. proc. c. gewährte dilatorische Einrede. Art. 1125 C. c. gibt dieses Recht nur dann, wenn die anderen die Obligation ebenso wie der in Anspruch Genommene zu erfüllen fähig sind). Der leistende Mitschuldner ist bei beiden Verpflichtungsarten regreßberechtigt, im Gegensatz zum deutschen Recht.

Neben diesen gemeinsamen Merkmalen finden sich eine Reihe Gegensätzlichkeiten: einmal ist, wenn an die Stelle einer unteilbaren Leistung eine Schadensersatzverpflichtung in Geld tritt, die Verurteilung eines Mitschuldners auf das Ganze nicht mehr möglich, denn der Grund der Ver-

1) D. P. 94, 1, 120, 95, 1, 359; 471; 1903, 1, 38. Die Rechtsprechung begründet diese Lösung damit; «qu'à raison de l'identité de la cause et de l'indivisibilité de l'objet il n'est pas possible de différencier la situation des divers intéressés de telle sorte que le droit de tous étant le même, tous profitent de ce qui est jugé sur l'appel de l'un d'eux.» D. P. 93, 1, 357 und weiter: «En ce qui concerne les codébiteurs, le litige n'est susceptible que d'une seule et même solution.« D. P. 1913, 1, 89. Die Lösung der Rechtsprechung und ihre Begründung erscheint logischer und zweckmäßiger als die gesetzliche Stellungnahme bezüglich des Verzugs und Verschuldens.

pflichtung auf das Ganze, die Unteilbarkeit des zu leistenden Gegenstandes ist jetzt weggefallen[1]), bei der Solidarität dagegen bleibt natürlich auch in diesem Fall jeder Mitschuldner auf das Ganze verpflichtet. Die Verpflichtung auf das Ganze hat bei den beiden Instituten eine grundverschiedene causa: bei der Solidarität entspringt sie aus der Natur des Rechtsverhältnisses, bei der Unteilbarkeit aus der des Leistungsgegenstandes. Ferner beruht die Solidarität stets auf Gesetz oder Rechtsgeschäft, während die Unteilbarkeit auch durch die Natur des geschuldeten Gegenstandes gegeben sein kann und solidaritätsähnliche Wirkungen unvermeidlich auch dann hervorruft.

Auch das englische Recht kennt die Einrichtung der unteilbaren Obligation. Die Unterscheidung wird wie bei uns getroffen, je nachdem eine Teilerfüllung ohne Wesensveränderung vorgenommen werden kann oder nicht[2]). Doch ist in der mir zugänglichen englischen Literatur nirgends auf das Verhältnis der Unteilbarkeit zur Solidarität abgestellt und es wird kein Fall behandelt, in dem bei Unteilbarkeit auf Schuldnerseite eine Mehrheit von Personen beteiligt ist.

1) D. P. 88, 1, 19.

2) S. dazu Encyclopaedia: Divisible contracts und Cutter v. Powell, in Smith, Leading Cases, Bd. II, S. 1. Ferner Chitty a. a. O. S. 828.

Besonderer Teil.

Einzelne Solidaritätsfälle.

I. Kapitel.

Solidarität kraft Gesetzes.

A. Fälle, bei denen unter den Mitschuldnern ein Vertrag oder vertragsähnliches Verhältnis besteht.

§ 22. Gesellschafter.

Eine proportional besonders große Anzahl von solidarischen Haftungen geht auf ein Gesellschaftsverhältnis der Beiligten zurück.

Im deutschen Recht ergibt sich die solidarische Verpflichtung bürgerlichrechtlicher Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden aus §§ 709, 710, 714 in Verbindung mit 427 B.G.B. Alle Gesellschafter sind gleichmäßig geschäftsführungsberechtigt; falls durch Vertrag nur einer von ihnen oder einige als Geschäftsführer aufgestellt sind, sind sie direkte Stellvertreter ihrer Mitgesellschafter, die unmittelbar durch ihre Handlungen berechtigt und verpflichtet werden, natürlich nur, soweit die Obligationen für die Gesellschaft als solche eingegangen werden [1]). Verpflichten sich aber mehrere Personen durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie, wenn nicht eigens ausgeschlossen, gemäß § 427 als Gesamtschuldner. Ebenso, wenn Gegenstand der Verpflichtung eine unteilbare Leistung ist.

Auch das H.G.B. kennt einige Fälle von gesamtschuldnerischer Haftung von Gesellschaftern. Hier beruht aber die gesamtschuldnerische Haftung nicht auf der Anwendung des § 427 B.G.B., sondern sie gilt uneingeschränkt und unabhängig von einer gemeinschaftlichen Verpflichtung der Gesellschafter unmittelbar auf Grund Gesetzes. Der

1) R.G. in J.W. 1911, 540.

wichtigste dieser Fälle ist die solidarische Haftung der Gesellschafter einer O.H.G. gemäß § 128 H.G.B. Trotz der Haftung des Gesellschaftsvermögens und des Privatvermögens der einzelnen Gesellschafter handelt es sich nach der jetzt herrschenden Meinung um ein einheitliches Gesamtschuldverhältnis, bei welchem lediglich die Art der Haftung eine doppelte ist: einmal mit dem Gesellschaftsvermögen und darüber hinaus noch mit dem übrigen Vermögen. Dagegen besteht keine Solidarität der Gesellschaft mit den Gesellschaftern, da erstere keine juristische Persönlichkeit besitzt.

Die Haftung der Gesellschafter ist im Gegensatz zu § 427 ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund eine solidarische, tritt also auch im Falle der Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Anfrage ein und bezieht sich gleichfalls auf unerlaubte Handlungen.

Durch Vereinbarung mit dem Gläubiger die Gesamthaftung überhaupt aufzuheben oder zu bestimmen, daß gewisse Mitschuldner erst nach anderen verfolgt werden sollen, ist statthaft[1]). Dagegen hat der im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern vereinbarte Ausschluß der Solidarität gegenüber den Gläubigern keine Wirkung.

In genau der gleichen Art sind die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und einer Aktienkommanditgesellschaft verhaftet. Aber auch für die Kommanditisten besteht eine solidarische Verantwortlichkeit mit den Komplementären, die jedoch auf die Einlage beschränkt bleibt. Eine persönliche Haftung tritt nur dann ein, wenn der Kommanditist seine Einlage nicht gezahlt hat; allerdings kann sich derselbe auch noch nach Klageerhebung durch Bezahlung seiner Einlage an das Gesellschaftsvermögen befreien.

Ferner haften die Mitglieder einer A.G. vor deren Eintragung, soweit es sich nicht um zur Gründung uner-

1) R.O.H.G. 15, 17 ff.

lässliche Rechtsgeschäfte handelt, unbeschränkt und solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen nach den Regeln bürgerlichrechtlicher Gesellschafter.

Im Gegensatz zu unsereren Bestimmungen kennt das französische Recht bei der Zivilgesellschaft überhaupt keine solidarische Haftung, sondern es betrachtet die Verpflichtung solcher Gesellschafter als blosse obligations conjointes. Art. 1862 c. c.

Anders nach Handelsrecht, das überhaupt ein dem Art. 1202 c. c. entgegengesetztes Prinzip hat. Es vermutet[1]) die Solidarität in allen Fällen, in welchen sie nicht durch ausdrückliche Vereinbarung oder positive gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen ist[2]). In einigen Fällen schreibt das Handelsrecht eine solidarische Haftung sogar ausdrücklich vor. So besteht für die Mitglieder einer O.H.G. gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit gemäß Art. 22 C. com. Soweit nichts besonderes bestimmt ist, sind wie nach deutschem Recht alle Gesellschafter gleichmäßig geschäftsführungsberechtigt. Die Tatsache ihrer solidarischen Haftbarkeit selbst für den Fall, daß nur einer von ihnen innerhalb seiner statutarischen Vollmacht für die Gesellschaft gezeichnet hat, beruht also hier nicht auf allgemeinen Regeln, sondern auf positiver gesetzlicher Bestimmung.

Der Ausschluß der Solidarität ist nicht generell, sondern lediglich für jeden Einzelfall durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Gläubiger möglich[3]). Auf dem gleichen Wege kann auch die Haftung eines Gesellschafters summenmäßig begrenzt werden[4]). Dagegen wirkt eine derartige Abmachung nur zwischen den Gesellschaftern im Innenverhältnis, nicht gegenüber Dritten. Sie hat jedoch Einfluß

---

1) D. P. 1855, 1, 135.
2) D. P. 1920, 1, 161.
3) D. P- 89, 1, 148; 99, 1,50; 1903, 1, 208.
4) Sirey 32, 2. 19.

auf die Höhe des Rückgriffsrechts des betreffenden Gesellschafters[1]).

Eine Konstruktion, die bei uns keine Schwierigkeiten bietet, ist in Frankreich sehr bestritten: nämlich die Frage, ob die Gesellschafter, die zweifellos unter sich solidarisch haften, auch mit der Gesellschaft als solcher gesamtschuldnerisch verpflichtet sind. Über diesen Punkt haben sich in der Hauptsache 5 verschiedene Meinungen gebildet: Die älteste, jetzt überwundene und im Widerspruch zu Art. 22 c. com. stehende Ansicht lehrte, daß die Gesellschafter ohne weiteres mit der Gesellschaft selbst solidarisch haftbar seien. Daraus würde sich ergeben, daß die Gesellschafter ohne weiteres mit der Gesellschaft eingeklagt werden können. Eine 2. Meinung verlangt, daß zuerst nicht nur die Gesellschaft belangt werde, sondern ihr Vermögen vollständig erschöpft, aber die Gläubiger noch nicht befriedigt seien. Diesen Fall stellt sie gleich dem Umstand, daß die Gesellschaft bereits aufgelöst oder in Liquidation getreten ist. Die gleiche Meinung ist auch in einem Urteil der Cour de Cassation von 1873 vertreten[2]) und stützt sich hauptsächlich auf Art. 22 c. com., der die Gesellschafter unter sich, aber nicht mit der Gesellschaft solidarisch haftbar erklärt. Eine 3. wenig verbreitete Theorie gibt den Gesellschaftern für den Fall des Vorliegens der durch Art. 2021—2024 c. c. bestimmten Bedingungen die Einrede der Vorausklage des Bürgen[3]). Gegen diese Ansicht spricht, daß man die Gesellschafter wohl als selbstschuldnerische Bürgen zu betrachten hätte. Eine 4., den Gesellschaftern zwar wenig günstige, aber zur Vereinfachung der Prozeßführung dienende Theorie vertrat die Cour de Cassation

---

1) Dalloz, Rép. Sociétés no. 881.

2) D. P. 74,2, 187.

3) Ähnlich können nach schweizerischem Recht die Gesellschafter selbst nur dann belangt werden, wenn zuerst eine fruchtlose Verfolgung der Gesellschaft veranstaltet wurde.

schon seit längerer Zeit[1]). Hiernach können die Gesellschafter, wenn der Gläubiger dartut, daß er eine Gesellschaftsschuld einklagt, primär und ohne Einrede der Vorausklage belangt werden. In neuerer Zeit hat die Cour de Cassation dieses System noch weiter ausgebaut und außer der eben genannten Bedingung gefordert, der Gläubiger solle beweisen, daß er, bevor er die Gesellschafter einklagte, die Gesellschaft selbst in Verzug gesetzt hat[2]).

Die meisten Anhänger, auch unter den Wissenschaftlern, zählen die letzten beiden Theorien. Die vorletzte Ansicht erscheint mir aus einem zwar in der französischen Literatur nicht erwähnten, aber bei uns in anderem Zusammenhang viel erörterten Gesichtspunkt die richtige zu sein. Bei der O.H.G. kommt es vor allem auf die persönlichen Eigenschaften der Mitglieder an, und der Gläubiger wird Art und Umfang seiner Geschäftsverbindung mit der betreffenden Firma besonders von der Persönlichkeit ihres Inhabers abhängig machen. Wenn die Gesellschafter das in sie gesetzte Vertrauen nicht rechtfertigen, wäre es unbillig, dem Gläubiger den Zugriff gegen sie persönlich allzusehr zu erschweren.

Analog wie bei uns haften nach französischem Recht auch die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß Art. 23 c. com. Eine Abweichung besteht nur insofern als die Haftung der Gesellschaft selbst und die der Gesellschafter hier unbestritten konkurriert.

Bei der Behandlung der Haftung bei einem Wechsel der Gesellschafter sind zwei Fälle auseinanderzuhalten: Einmal kann ein Gesellschafter austreten, während die Gesellschaft als solche infolge ausdrücklicher Bestimmung in den Statuten bestehen bleibt, oder aber es kann ein Gesellschafter erst später, nach Beginn der Gesellschaft

1) D. P. 59,1,179; 77,1,347; 1910,2,217.
2) D. P. 99,1,49; 1913,2,57.

eintreten. Im ersten Fall haftet, vorausgesetzt, daß die Vorschriften über die Öffentlichkeit der statutarischen Bestimmungen beachtet sind, der austretende Gesellschafter lediglich für die bis zu seinem Austritt eingegangenen Gesellschaftsschulden. Die Rechtslage bei Eintritt eines Gesellschafters nach Beginn der Gesellschaft ist bestritten. Einstimmig anerkannt ist nur, daß sein Anteil am Gesellschaftsvermögen für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung haftet. Sein persönliches Vermögen kann nur dann herangezogen werden, wenn der Wechsel in den Mitgliedern nicht veröffentlicht ist. Wird jedoch diese Formvorschrift erfüllt, so steht die Rechtsprechung und ein Teil der Wissenschaftler auf dem Standpunkt, daß das persönliche Vermögen für alle, auch die vor seinem Eintritt entstandenen Schulden hafte[1]), denn Art. 22 c. com. schreibe ja die solidarische Haftung ohne Differenzierung vor. Dieser Standpunkt wird m. E. mit Recht von anderen Rechtslehrern lebhaft angegriffen[2]). Denn einmal wurde bei der Redaktion des Art. 22 wahrscheinlich das vorliegende Problem nicht in Erwägung gezogen. Außerdem soll die Verantwortlichkeit für vor dem Eintritt entstandene Gesellschaftsschulden wohl lediglich eine Sanktion für die Nichtbeachtung der zugunsten der Gläubiger bestehenden Formvorschrift des Art. 61 des Gesetzes von 1867 sein, die bei Beachtung der Bestimmung ipso jure wegfällt. Endlich aber steht das von der Rechtsprechung angenommene Resultat auch der Billigkeit entgegen; denn einerseits konnte der Gläubiger, welcher vor dem Eintritt des Betreffenden mit der Gesellschaft einen Vertrag schloß, noch nicht auf seine Mithaftung rechnen, andererseits nimmt auch der neu Eintretende noch nicht teil an dem Gewinn aus den vor seinem Hinzukommen abgeschlossenen Geschäften.

1) D. P. 98,1,323.

2) So besonders Lacour, Précis de droit commercial t. I, p. 189.

Das englische Recht kennt keinen Unterschied in der rechtlichen Konstruktion der durch Mitglieder einer Zivil- und solche einer Handelsgesellschaft durch Vertrag eingegangenen und als solche bindenden Verpflichtungen. Vielmehr läßt das englische Recht beide Arten von Gesellschaftern jointly für vertragliche Gesellschaftsschulden haften. Eine Ausnahme gilt für Schottland: dort haftet jeder Gesellschafter jointly and severally. In beiden Rechtskreisen beschränkt sich die Verantwortlichkeit auf die während der Mitgliedschaft eingegangenen Schulden. Da durch den Tod eines Gesellschafters seine Mitgliedschaft erlischt, kann die Haftung seines Vermögens für nach seinem Tode eintretende Umstände nicht vergrößert werden. Das Vermögen haftet nach dem Tode nicht mehr bloß jointly, sondern jointly and severally mit den anderen Gesellschaftern. Vorbedingung für die Inanspruchnahme des Nachlasses ist, daß die Gesellschaft die Schulden nicht selbst bereinigen kann. Für England und Irland ist weiter gefordert, daß zuerst die persönlichen Schulden des Erblassers aus dem Nachlaß gedeckt sind. Diese Regelung ist seit der Partnership Act einheitlich[1]). Früher kam man zu dem gleichen Ergebnis nur nach equity, während at law der Nachlaß nicht in Anspruch genommen werden konnte[2]).

Eine andere Gestaltung der Haftung ist von der Parteivereinbarung abhängig. So z. B. kann der vertragschließende Gesellschafter seine Mitgesellschafter bloß jointly, sich selbst aber jointly and severally binden[3]).

Ein Ausschluß der persönlichen Haftung und Beschränkung derselben auf das Gesellschaftsvermögen ist bei unincorporated companies im allgemeinen nicht zulässig. Er kann jedoch, wie dies besonders bei Versicherungs-

1) S. Partnership Act ss. 5,7.

2) S. „ „ s. 9; für den Zustand vor dem Gesetz Lindley, On Partnership, vo. 1, p. 236/7.

3) Maclay v. Sutherland in II Mews' Digest 81.

gesellschaften früher sehr häufig geschah, dadurch bewirkt werden, daß der Vertragsgegner sich laut gedruckten Formulars einverstanden erklärte mit der Haftung lediglich der Reserven der Gesellschaft. Jetzt kommt das viel seltener vor, weil die Beschränkung durch Eintragung und incorporation der Gesellschaft leicht zu erreichen ist.

§ 23. Mitbürgschaft.

Das Verhältnis der Mitbürgen untereinander ist in der Regel, aber nicht notwendig ein kontraktliches. Es besteht, auch wenn die Mitbürgen ohne jede gegenseitige Rücksichtnahme die Bürgschaft eingegangen haben, eine Interessengemeinschaft zwischen ihnen insoferne, als sie alle ein gemeinsames Ziel verfolgen: den Gläubiger zu sichern und den Hauptschuldner durch ihre Mitverpflichtung wirtschaftlich besser zu stellen. Deshalb habe ich die Mitbürgschaft in die Kategorie der auf einem vertragsähnlichen Verhältnis beruhenden Solidaritätsfälle eingereiht.

Nach deutschem Recht haften Mitbürgen gemäß § 769 B.G.B. als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht durch Vertrag gemeinschaftlich eingegangen haben. Enneccerus erklärt diese Haftung lediglich als einen Anwendungsfall des § 427. Diese Ansicht dürfte nicht zutreffend sein. Denn einmal wäre § 769 dann überflüssig; noch wichtiger aber ist, daß schon der Wortlaut dieser Bestimmung ausdrücklich den Unterschied von § 427 hervorhebt („auch wenn sie nicht gemeinschaftlich übernehmen"). Wäre die Anwendung auf die Fälle des § 427 begrenzt, so müßten die einzelnen Mitbürgen den Vertrag stets in Hinsicht auf einander eingehen. Diejenigen aber, die nichts voneinander wissen und ihren Vertrag ohne gegenseitiges Einverständnis geschlossen haben, wären dann keine Gesamtschuldner. Gerade für diese Fälle aber wollte der Gesetzgeber die über den § 427 hinausgehende Vorschrift des § 769 treffen.

Voraussetzung für das Zustandekommen einer Mitbürgschaft ist natürlich die Identität des Hauptschuldners, des Gläubigers und des Schuldgegenstandes bei sämtlichen Verpflichtungen.

Nach außen hin ist auch der Nachbürge als Mitbürge zu betrachten und dem Gläubiger gegenüber gesamtschuldnerisch mit dem Vorbürgen verhaftet[1]). Der Unterschied von der gewöhnlichen Mitbürgschaft liegt nur im Innenverhältnis, in der Berechtigung des Nachbürgen, vom Vorbürgen vollen Ersatz zu verlangen. Bei der gewöhnlichen Mitbürgschaft ist für den Umfang des Regreßrechtes § 774,II mit § 426 maßgebend.

Auch das französische Recht läßt die Mitbürgen solidarisch haften, Art. 2125. Art. 2033 fordert ebenso wie unser deutsches Recht Identität des Hauptschuldners und des Schuldgegenstandes. Die Art des Zustandekommens der Mitbürgschaft (gemeinsamer Bürgschaftsvertrag oder voneinander unabhängige Verpflichtungen) ist gleichgültig.

Die Ausgleichungspflicht zwischen Mitbürgen ist in Frankreich von Bedingungen abhängig: Voraussetzung für das Entstehen einer Regreßpflicht ist nämlich, daß der Mitbürge nur zahlt, wenn er selbst gerichtlich auf Zahlung in Anspruch genommen ist oder wenn der Hauptschuldner im Konkurs oder zahlungsunfähig ist oder wenn der Hauptschuldner sich verpflichtet hat, den Mitbürgen binnen bestimmter Zeit von der Haftung zu befreien, ferner wenn die Schuld durch Fristablauf fällig geworden ist und endlich nach 10 Jahren, wenn die Hauptschuld keinen festen Fälligkeitstermin hat. Ist keine dieser Voraussetzungen erfüllt, so bleibt der zahlende Mitbürge nur gegenüber dem Hauptschuldner regreßberechtigt und verliert den Anspruch gegen seine Mitbürgen.

Unser Gesetz kennt ähnliche Fälle, in welchen der Bürge berechtigt ist, vom Hauptschuldner Befreiung zu

1) OLG. Braunschweig, Seuff. Arch. 61, 232, aber a. A. R.G. 81, 414.

verlangen; jedoch macht es das Zustandekommen der Regreßberechtigung nicht vom Vorliegen einer solchen Tatsache abhängig.

Die deutsche Bestimmung scheint mir hier die richtigere zu sein, denn wenn die Verpflichtung zur Leistung glatt ist, würden durch gerichtliche Geltendmachung nur neue Kosten entstehen.

Bemerkenswert ist, daß die Lösung in den beiden Systemen je im Widerspruch zu der Behandlung der Solidaritätswirkungen steht. Frankreich, das grundsätzlich die Wirkungen der Handlungen und Unterlassungen eines Mitschuldners auch auf die Übrigen ausdehnt, durchbricht diese Tendenz im vorliegenden Fall aus Billigkeitsrücksichten, indem es das Zustandekommen einer Regreßverpflichtung verneint. Das deutsche Recht, das in § 425 eine prinzipiell entgegegengesetzte Stellung einnimmt, läßt einen Ausgleichungsanspruch entstehen.

Nach englischem Recht kann die Art der Haftung von Mitbürgen eine verschiedene sein. Sie bestimmt sich nach der Verpflichtungserklärung. Gehen die Mitbürgen durch einen und denselben Akt die Bürgschaft ein, so sind sie jointly und, wenn es besonders bestimmt ist, jointly and severally verpflichtet. Übernimmt dagegen jeder Mitbürge die Verpflichtung unabhängig von den anderen durch besondere Erklärung, so haftet er lediglich severally. Bei Übernahme von Mitbürgschaften in verschiedener Höhe sind die Mitbürgen einander im Verhältnis ihrer Summenbegrenzung regreßpflichtig.

Bei allen drei Verpflichtungsarten gesteht die Judikatur einem Mitbürgen, der mehr als seinen Anteil an den Gläubiger abgeführt hat, ein Rückgriffsrecht gegen die Übrigen zu[1]). Der Ausgleichungsanspruch entsteht in equity eventuell sogar schon vor der Leistung an den Gläubiger,

---

1) Ellesmere Brewery Co. v. Cooper 73 L.T.R. 567.

wenn nur eine den regreßberechtigten Mitbürgen verurteilende Entscheidung erwirkt wurde[1]).

At law dagegen kann ein Regreßanspruch erst in Hinsicht auf wirklich geleistete Zahlung geltend gemacht werden[2]).

Der Ausgleichungsanspruch richtet sich nicht nur gegen sämtliche lebende Mitbürgen, sondern auch gegen die Rechtsnachfolger eines Verstorbenen[3]).

Die Regreßberechtigung entfällt nur dann, wenn es besonders vereinbart ist[4]).

B. Solidarität auf Grund Delikts oder deliktsähnlicher Tatbestände.

§ 24. Gemeinsames Delikt. Allgemeines.

Die Konstruktion der Haftung mehrerer für ein Delikt verantwortlicher Personen begegnet noch heute zum Teil erheblichen Schwierigkeiten.

Für unser modernes deutsches Recht sind diese durch § 840 beseitigt. Nach Absatz 1 haften mehrere nebeneinander für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden grundsätzlich als Gesamtschuldner. Diese Regelung gilt sowohl für die Verschuldens- sowie für die Gefährdungshaftung und findet auch auf Haftungen außerhalb des B.G.B. Anwendung, so besonders auf § 1 Haftpflichtgesetz, §§ 17, 18 Kraftfahrzeuggesetz u. a. m.[5])

Eine solidarische Haftung tritt zunächst dann ein, wenn durch eine gemeinschaftlich und vorsätzlich begangene Handlung mehrere Personen als Mittäter, Anstifter, Ge-

1) Walmershausen v. Gullik 68 L.T.R. 753.

2) Ex parte Snowdon 44 L.T.R. 830.

3) Hitchman v. Stewart. XI Mews' Digest 1282; Batchellor von Lawrence. XI Mews' Digest 1362.

4) Turner v. Davis. XI Mews' Digest 1282; Lowe v. Dixon. XI Mews' Digest 372.

5) R.G. 53,117; 58,336; 60,315; J. W. 1911, 220, 25.

hilfen, einen Schaden angerichtet haben (§ 830,I,1), oder wenn sie infolge gemeinschaftlich geschaffener Gefährdung haften (§ 830,I,2). Sie greift aber auch da Platz, wo jeder einzelne einer Personenmehrheit selbständig entweder aus demselben oder aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden einzutreten hat[1]) (Fälle der §§ 831—840[2]).

Eine Ausnahme gilt dann, wenn jede Person nur einen bestimmten Teil des Schadens angerichtet hat. Dann sind sie nicht als Gesamtschuldner, sondern nach Bruchteilen haftbar. Doch ist diese Regel nie auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen anwendbar.

Im Innenverhältnis sind die anderen dem den Schaden gutmachenden Mitschuldner regreßpflichtig. Die Höhe der Ausgleichung bestimmt sich entweder nach der Interpretationsregel des § 426 oder aber nach §§ 840,II u. III, 841. Diese Vorschriften geben demjenigen, welcher für einen nicht von ihm selbst angerichteten Schaden haftet, das Recht auf Regreß in Höhe der ganzen Summe. Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist, daß ein aus persönlichem Verschulden Haftender nicht von einem nur aus vermutetem Verschulden Haftenden und beide nicht von einem lediglich infolge zu vertretender Gefährdung Ersatzpflichtigen Ausgleichung zu fordern berechtigt sein sollen[3]).

Eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 840, II u. III auf ähnliche Fälle wie z. B. das Haftpflichtgesetz ist nach der Rechtssprechung nicht zulässig[4]). Denn die Normen des Haftpflichtgesetzes sollen gerade für gefährliche Betriebe unter allen Umständen eine Haftung gegenüber dem Geschädigten begründen.

---

1) R.G. 96, 224.

2) Die Ausnahme des § 835,III wird im § 26 unter Tierhalterhaftung behandelt werden.

3) R.G. 71, 7.

4) R.G. 61, 56, J.W. 1915, 324,2 und die dort zitierten Entscheidungen.

Auf einem ähnlichen Grundgedanken wie die Regelung des § 840, II u. III beruht auch die Vorschrift der §§ 17, II, 18, III Kraftfahrzeuggesetzes, die bei Zusammentreffen mehrerer Gefährdungshaftungen denjenigen den Schaden tragen lassen, der ihn vorwiegend verursacht hat.

In Frankreich begegnet die Haftung mehrerer für ein Delikt verantwortlicher Personen erheblichen Schwierigkeiten, da der Code civil keine ausdrückliche Bestimmung darüber trifft.

Die alten französischen Schriftsteller und auch teilweise die Rechtssprechung entschieden, auf römischrechtlichen Lehren fußend, daß bei durch gemeinsame Schuld einem anderen verursachtem Schaden die Mittäter solidarisch verantwortlich sind, ohne eine gesetzliche Bestimmung anzuziehen. Dagegen wurde eingewandt, dass durch diese Entscheidung der viel besprochene Artikel 1202 c. c. verletzt werde, da hier weder eine von den Parteien vereinbarte noch eine kraft Gesetzes vorgeschriebene Solidarität vorliege. Zur Entkräftung dieses Vorwurfes wird vielfach vorgebracht, daß Art. 1202 c. c. sich nicht auf Delikte, sondern lediglich auf Verträge beziehe. Diese Behauptung dürfte zutreffend sein, denn es wäre sinnlos, den Art. 1202 Abs. 1 auf Delikte anzuwenden. Kann doch eine ausdrückliche Stipulation nie zwischen dem Geschädigten und den mehreren Schädigern vor der Begehung der Tat zustandekommen. Zu dieser Zeit stehen sie miteinander ja noch in keinerlei Rechtsbeziehung. Sollte aber Absatz II plötzlich auf Fälle angewendet werden, auf die Abs. I keine Abwendung findet, so müßte das wohl eigens gesagt werden.

Die Rechtsprechung stellte sich auf den Standpunkt, man brauche Art. 1202 überhaupt nicht heranzuziehen, denn als Grundlage für die Unterstellung der Solidarität sei ja die Analogie zu Art. 55 c. pén. vorhanden.

Art. 55 c. pén. läßt Solidarität eintreten zwischen »tous les individus condamnés pour un même crime ou

pour un même délit» (was durch die Rechtsprechung auch auf Übertretungen ausgedehnt wird).

Die gleiche Bestimmung treffen eine Reihe von Spezialgesetzen, besonders in Bezug auf Jagd- Forst- Zoll- und Steuerdelikte. Es handelt sich dabei stets um bloße Anwendungsfälle des Art. 55 c. pén.

Es ist nun sehr bestritten, ob eine analoge Ausdehnung des Art. 55 auf das Zivilrecht haltbar ist. Nach dem Wortlaut des Art. 55 ist das nicht ohne weiteres anzunehmen, da dort eine vorherige Verurteilung der Mitdelinquenten vorausgesetzt wird. Eine solche erfolgt aber nur in einem kleinen Teil der Fälle, in welchen eine zivilrechtliche Haftung in Frage kommt.

Trotzdem wurde die analoge Anwendbarkeit des Art. 55 c. pén. früher auch von der Cour de Cassation bejaht[1]).

Ein anderes, ein Jahrzehnt später ergangenes und von der Cour de Cassation bestätigtes Urteil der Cour d'Appel de Bordeaux zieht außer der Analogie zu Art. 55 c. pén. auch noch die Unteilbarkeit der schädigenden Handlung an[2]).

In noch neuerer Zeit aber wird vorzugsweise die Unteilbarkeit des Verschuldens als Begründung für die Unterstellung der Solidarität herangezogen[3]). Mit diesem Argument ist ein entscheidender Trennungsstrich gezogen zwischen der zivil- und der strafrechtlichen Haftbarkeit. Die letztere besteht ja unabhängig von der Unteilbarkeit des Verschuldens. Für die Annahme einer zivilrechtlichen Haftung sind damit strengere Voraussetzungen aufgestellt.

Endlich wurde die Art der Haftung mehrerer an einem Delikt beteiligter Personen neben dem des alten Art. 1734 c. c. als Fall bloßer »solidarité imparfaite« angesprochen;

---

1) DP. 78, 1, 152.

2) D.P. 94, 1,561.

3) D.P. 96, 1, 31: qu 'il faut de plus qu 'il soit constaté que cette faute est dans de telles conditions d' indivisibilité que toute répartition est impossible entre ceux qui l'ont commise.

denn hier könne vernünftigerweise ein mandat tacite zwischen den Mitdelinquenten nicht unterstellt werden. Darauf ist näher einzugehen in § 26 B dieser Arbeit.

Nach englischem Recht ist die solidarische Haftung von mehreren Mitdelinquenten allgemein anerkannt und zwar besteht eine joint liability [1]).

Es muß sich um einen gemeinsam begangenen, d. i. in Förderung eines gemeinsamen Plans angerichteten Schaden handeln. Begehen dagegen mehrere Personen unabhängig voneinander unerlaubte Handlungen, so bilden diese, auch wenn sie nur einen einzigen gemeinsamen Schadenserfolg hervorbringen, kein joint tort; es gibt also auch keine joint liability, sondern jeder Delinquent hat den vollen Schaden zu ersetzen [2]).

Was die Ausgleichungspflicht unter Mitdelinquenten anbelangt, so besteht eine solche grundsätzlich nicht [3]), wenn der in Anspruch Genommene die Ungesetzlichkeit seiner Handlung der Natur der Sache nach gekannt haben muß. War er sich dagegen z. Zt. der Begehung des Delikts nicht des Vorhandenseins von Umständen bewusst, die die Handlung zu einer ungesetzlichen machen, so kann er, wenn in irgend einer Tatsache die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung einer Ausgleichungspflicht liegt, gegen seinen Mitdelinquenten einen Regreßanspruch geltend machen [4]).

§ 25. Einzelne Anwendungsfälle.

A. Haftung von Angestelltem und Geschäftherrn.

Bei uns bemißt sich die solidarische Haftung von Angestelltem und Geschäftsherrn aus unerlaubter Handlung

1) Brinsmead v. Harrison 27 L.T.R. 99 Order XXVII rr. 3,5 der RS.C. ändern nicht die in diesem Urteil dargelegten Regeln.

2) Thompson v. London County Council, 80 L.T.R. 512.

3) Merryweather v. Nixon in IX Mews ' Digest 1319.

4) Adamson v. Jarvis in XIV Mews ' Digest 71. S. auch Betts v. Giggins ebenda.

gegenüber dem geschädigten Dritten nach § 831 B.G.B. d. h. sie tritt nur dann ein, wenn eine zu einer Verrichtung bestellte Person in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten einen Schaden widerrechtlich zufügt und den Geschäftsherrn ein Verschulden bei der Auswahl der Person, der Beschaffung der Gerätschaften oder Anleitung und Beaufsichtigung seines Angestellten trifft. Der Geschäftsherr haftet dabei nicht für fremdes, sondern für eigenes Verschulden.

Anders in Frankreich. Quellenstelle ist Art. 1384, III c. c., wonach die Dienst- und Geschäftsherrn für die Delikte ihrer Dienstboten und Angestellten verantwortlich sind und zwar unabhängig von einem Verschulden bei der Auswahl und Beaufsichtigung. So ist z. B. der Eigentümer eines Hauses ohne Möglichkeit eines Exculpationsbeweises für die unerlaubten Handlungen seines Hausmeisters haftbar[1]). Natürlich bezieht sich die Verantwortlichkeit nur auf Delikte, die der Angestellte in Ausübung der ihm übertragenen Obliegenheiten begangen hat[2].) Neben dem Geschäftsherrn aber bleibt natürlich der Angestellte selbst verantwortlich.

Analog ordnet der c. c. in Art. 1384, III, die solidarische Haftbarkeit des Lehrherrn neben dem Lehrling an.

Auch das französische System gibt dem in Anspruch genommenen Geschäftsherrn einen Regreßanspruch in voller Höhe.

Nach englischem Recht besteht ebenfalls gemeinsame Haftbarkeit zwischen principal und agent und zwar nicht wie bei sonstigen Mitdelinquenten bloße joint liability, sondern eine joint and several Haftung[4]). Voraussetzung für den Eintritt der Haftung des Geschäftsherrn ist eben-

1) D. P. 92, 1, 335.
2) D. P. 85, 1,63; 1905, 1, 16.
3) D. P. 87, 1, 31.
4) S. Bowstead: on Agency, p. 340.

falls wieder, daß die schädigende Handlung von dem Angestellten im „ordinary course of his employment“ [1]) oder mit ausdrücklicher Gutheißung des Geschäftsherrn erfolgt ist[2]). Letztere Tatsache wird sehr häufig angenommen. So wurde z. B. der Besitzer einer Bar verurteilt, wegen Verletzung des Urheberrechts durch einen seiner Sänger, da er nicht kontrolliert hatte, ob seine Angestellten durch ihre Vorträge nicht Urheberrechtsverletzungen begehen[3]).

Das Rückgriffsrecht des in Anspruch genommenen Geschäftsherrn ergibt sich aus dem Innenverhältnis.

B. Haftung juristischer Personen und ihrer Vertreter.

Nach deutschem Recht haftet neben dem Vertreter selbst auch der rechtsfähige Verein und die Stiftung gemäß §§ 31, 89 B.G.B. für den Schaden, welchen der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Daß die Haftung eine solidarische ist, ergibt sich aus § 840, I.

Ein Rückgriffsrecht besteht auf Grund des Innenverhältnisses der beteiligten Parteien.

Auch nach der französischen Praxis werden die juristischen Personen zur Haftung für Delikte ihrer Organe herangezogen. Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung existiert allerdings nicht. Aber nach der allgemeinen Übung wird wie bei anderen Mitdelinquenten eine solidarische

---

1) Bartonshill Coal Co. v. Reid in IX Mews' Digest 935.

2) Robinson v. Bughton, XIV Mews' Digest 256.

3) Monaghan v. Taylor, bei Bowstead a. a. O. S. 341 zitiert, mir aber nicht zugänglich.

Haftung angenommen[1]). Auch hier haben wir einen Fall der sogenannten solidarité imparfaite[2]).

Nach englischem Recht ist die Haftung von corporations für ihre Vertreter noch weiter ausgedehnt als bei uns. Sie bezieht sich nämlich nicht nur auf die verfassungsmäßigen Vertreter, sondern auch auf Angestellte[3]). Jedoch ist die Haftung natürlich auch hier auf Handlungen, die intra vires, nicht ultra vires, also im Aufgabenbereich des Betreffenden liegen, beschränkt[4]). Auch kommt eine Haftung selbstverständlich nur für solche Delikte, die in Ausführung, nicht bei Gelegenheit der Verrichtung begangen werden, in Betracht.

Jetzt wird sogar die Haftbarkeit der juristischen Personen für malicious injury ihrer Vertreter gegenüber Dritten bejaht[5]).

C. Staat und Beamter:

Diese Haftung ist nur ein Sonderfall der vorher behandelten Gruppe.

Die Haftung des Staates für Delikte seiner Beamten bemißt sich nach deutschem Recht nach § 839 mit 31 B.G.B. Die solidarische Haftbarkeit des Beamten mit dem Staat ergibt sich wieder aus § 840, I. Die Haftung entsteht bei infolge vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung eines Beamten einem Dritten entstehendem Schaden und bei Rechtsbeugung.

Auch Frankreich läßt den Staat neben dem Beamten für dessen im Dienst begangene Delikte haften und zwar erstreckt sich die Verbindlichkeit sowohl auf Staats- wie auf Gemeindebeamte. Eine ausdrückliche gesetzliche Grund-

1) S. Planiol, a. a. O. Bd. II, no. 891.

2) S. Näheres § 26 B.

3) Barwick v. The English Joint Stock Bank 16 L.T.R. 461.

4) Intra vires sind die innerhalb der Vertretungsmacht gelegenen, ultra vires die außerhalb derselben liegenden Handlungen.

5) S. dazu Lindley, On Companies Bd. I, S. 259.

lage ist auch hier nicht vorhanden. Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts wird für Klagen in solchen Angelegenheiten nicht mehr wie früher die Zuständigkeit der ordentlichen, sondern die der Verwaltungsgerichte angenommen[1]).

Im englischen Recht dagegen kommt eine solidarische Haftung von Krone und Beamten gegenüber einem durch letztere geschädigten Dritten nicht in Frage. Das geht zurück auf den Satz: „The King can do no wrong", der auch auf den Beamten als Vertreter der Krone ausgedehnt wird[2]). Die Verfolgung eines in Ausübung seines Dienstes einen Dritten schädigenden Beamten kann nur in seiner Eigenschaft als Privatmann betrieben werden, wobei ein Befehl der Krone nicht als Verteidigungsmittel zulässig ist[3]). Gegen einen Richter kann überhaupt nicht geklagt werden in Bezug auf von ihm innerhalb seiner Kompetenz vorgenommene Akte, selbst wenn sie böswillig erlassen worden sind[4]). Eine persönliche Haftung von übergeordneten für untergebene Beamte, woraus wie bei analoger Anwendung von § 831 B.GB. eine solidarische Haftung entstehen könnte, besteht nicht. Denn der Geschäftsherr des Untergebenen ist nicht der vorgesetzte Beamte, sondern die Krone.

§ 26. Fortsetzung.

A. Solidarität infolge Tierhalterhaftung.

Für das deutsche Recht ergibt sich im allgemeinen eine solidarische Haftbarkeit mehrerer Tierhalter für den durch ihre Tiere gestifteten Schaden aus den §§ 833 mit 840 B.G.B.

1) S. dazu Planiol, a. a. O. Bd. II, Anm. 3 zu no. 881; ferner D. P. 73, 320 (Trib. Conflits), 74, 1, 379 (Ce de Cass), 77, 1, 69, 1904, 1, 265; 1906, 1,213; 1908, 3, 49 (c. d'Etat).

2) Raleigh v. Goschen 77 L.T.R. 429; Bainbridge v. The Post master General 94 L.T.R. 120.

3) Eutick v. Carrington, mir nicht zugänglich, vgl. aber Jenks a. a. O. Bd. I, no. 745. Journal de Droit International Privé 15, 226.

4) Bottomby v. Brougham 99 L.T.R. 111.

Eine Ausnahme von dem Prinzip, daß mehrere aus vermutetem Verschulden haftende Personen solidarisch herangezogen werden können, bildet die Bestimmung des § 835,III über Wildschaden, wonach mehrere zum Zweck gemeinschaftlicher Jagdausübung zu einem Verband vereinigte Grundstückseigentümer eines Bezirkes nicht solidarisch, sondern nach dem Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke verantwortlich sind.

In Frankreich wird zwar die Solidarität mehrerer Tierhalter für den durch ihre Tiere angerichteten Schaden durch die Rechtsprechung allgemein anerkannt. Dieses Gewohnheitsrecht hat auch in dem Gesetz vom 4. IV. 1889 Ausdruck gefunden, in dem bestimmt ist, daß die Eigentümer von gemeinsam geweideten Ziegen für den durch diese verursachten Schaden solidarisch aufzukommen haben. Die Haftbarkeit hängt nicht vom Miteigentum ab, sondern nur von der durch die mehreren Eigentümer gemeinsam gesetzten Gefährdung.

Nach der englischen Rechtsprechung besteht eine joint liability für die joint owners eines Tieres[1]). Jedoch hat der zahlende Mitschuldner entgegen der allgemeinen Regel bei Haftbarkeit aus Delikt ein Regreßrecht gegen seine Mitschuldner[2]).

B. Einzelne durch ausdrückliche Bestimmung des französischen Rechts hervorgehobene Fälle.

Unter diese Kategorie gehört die solidarische Haftbarkeit von Unternehmer und Architekt, wenn ein Gebäude, dessen Preis vor der Aufführung fest vereinbart wurde, innerhalb 10 Jahren ganz oder teilweise einstürzt und der Schaden auf einen Konstruktionsfehler zurückzuführen ist.

---

1) S. Williams Pers. Prop. S. 460.
2) S. Wooley v. Batte in III Mews' Digest 6.

(Art. 1792 c. c. Eine ähnliche Haftbarkeit könnte bei uns aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden, natürlich mit anderer zeitlicher Begrenzung der Haftbarkeit.

Eine Eigenheit des französischen Rechts bildet auch der Fall des Art. 1734 c. c. alter Fassung Nach dieser Vorschrift waren sämtliche Mieter eines Hauses, wenn dasselbe durch Feuer zerstört wurde, zunächst solidarisch haftbar gegenüber dem Hausherrn. Es stand jedoch jedem Mieter frei zu beweisen, daß der Brand nicht in dem von ihm bewohnten Teil des Hauses entstanden sein konnte. Gelang dieser Beweis, so war dieser Mieter von jeder Haftbarkeit befreit[1]). Bestritten war, wie die Haftung sich regeln sollte, wenn der Hausherr selbst in dem durch Feuer zerstörten Haus wohnte. Gewöhnlich wurde die Frage dahin beantwortet, daß der Hausherr, wenn ihm der Beweis gelang, daß das Feuer nicht in seiner Wohnung entstanden sein konnte, seinen vollen Anspruch gegen die anderen behielt. Konnte er das aber nicht dartun, so hatte er nach der herrschenden Meinung überhaupt kein Recht auf irgend eine Beitragsleistung von Seiten der übrigen Hausbewohner[2]).

Nach der seit 5. I. 1883 bestehenden Neufassung des Art. 1734 aber sind die einzelnen Mieter nur mehr im Verhältnis zu dem Mietwert des von ihnen bewohnten Teiles des Hauses haftbar.

Art. 1734 c. c. war früher das Musterbeispiel der sog. solidarité imparfaite. Man ging aus von dem Gedanken, daß in manchen Fällen, wie hier, ein mandat tacite zwischen den Mitschuldnern nicht wohl unterstellt werden könne. Der Gläubiger könne in solchen Fällen zwar von jedem das Ganze fordern, aber die sog. sekundären Wirkungen fielen ganz oder teilweise weg. Man habe es daher in diesen Fällen nicht mit der eigentlichen Solidarität zu tun,

1) S. dazu Dalloz Rép. Louage no 409 ff.
2) Dalloz, Rép., louage, no. 410, 411.

sondern nur mit einer unvollkommenen Art derselben[1]). Das sei ebenso wie bei mehreren für den Brand verantwortlichen Mietern eines Hauses auch bei allen übrigen Mitdelinquenten der Fall. Tatsächlich ist der Grund für die Anordnung solidarischer Haftung aller Mieter in Art. 1734 c. c. alter Fassung in der Beweisnotlage zu suchen[2]). Denn der Hausherr wird in den seltensten Fällen beweisen können, welcher seiner Mieter den Brand verschuldet hat. Sind aber alle Mieter gesamtschuldnerisch verantwortlich, so hat jeder ein Interesse an der Feststellung des Schuldigen, da hierdurch die Geltendmachung des Regreßanspruches in voller Höhe gesichert wird.

Gegen diese Theorie machte ein Teil der Schriftsteller[3]) und besonders die Rechtsprechung[4]) energisch Opposition und heute gilt diese Lehre als ziemlich überwunden. M.E. war sie bei Artikel 1734 auf keinen Fall berechtigt, denn auf Grund der gesetzlich angeordneten Solidarität konnte man auch ein zwischen den Mitschuldnern auf Grund Gesetzes fingiertes mandat tacite unterstellen[5]). Das gleiche ist zu sagen in allen anderen Fällen, in denen Solidarität noch heute durch Gesetz für Mitdeliquenten angeordnet ist.

Anders dagegen in den Fällen, in denen Solidarität nicht durch das Gesetz angeordnet ist: denn hier kann auch kein durch das Gesetz selbst fingiertes mandat tacite angenommen werden, und damit fallen die effets secondaires, die nur durch die représentation mutuelle zu erklären sind, weg.

Die Annahme einer Analogie zu Art. 55 c. pén nun ist meines Erachtens, wie in § 24 dargelegt, an sich nicht

1) S. Aubry et Rau a. a. O. t. IV § 298 ter, Planiol, t. II. p. 251.

2) Müller — Erzbach: „Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz", Ihering's Jahrb., Bd. 73, S. 166 ff.

3) Demolombe l. c. t. XVI, no. 287. Colmet de Santerre t. V no. 135 bis

4) D.P. 1902, 2, 453.

5) S. oben § 3, S. 20.

durch Art. 1202 c. c. ausgeschlossen, aber es fragt sich, wieweit sie durch die Voraussetzung vorheriger strafrechtlicher Aburteilung beschränkt ist. In den Fällen, in denen der Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche eine strafrechtliche Verurteilung vorangeht, ist die Analogie wohl einwandfrei zulässig, und es kann dann auch kein Zweifel sein, daß „echte" Solidarität vorliegt.

In den Fällen aber, in welchen keine strafrechtliche Aburteilung erfolgt ist, scheint zunächst zweifelhaft, ob man Analogie zu Art. 55 c. pén anwenden kann. Doch ist diese Konstruktion m. E. die zweckmäßigste und auch rechtlich vertretbar. Im Strafverfahren kommt die solidarische Haftbarkeit natürlich nur für ihrer Natur nach zivilrechtliche Ansprüche in Betracht. Diese können vor dem Strafgericht nur dann nebenbei geltend gemacht werden, wenn einmal ein Strafverfahren wegen des den Schaden verursachenden Delikts anhängig ist (denn sonst würde ja die sachliche Zuständigkeit nicht gegeben sein) und wenn weiter dieses Verfahren zur Verurteilung der Angeklagten geführt hat (denn sonst fehlen die Grundlagen für eine Verurteilung in den Schadensersatz: die Feststellung, daß der Schaden durch die betreffende Person verursacht und auch von ihr verschuldet ist). Ein rein zivilrechtliches Verfahren aber ist nicht durch diese Voraussetzungen bedingt. Bei einer analogen Ausdehnung von strafrechtlichen Vorschriften auf das Zivilrecht aber ist das Vorliegen solcher Merkmale nicht zu fordern, die speziell durch das Strafverfahren bedingt sind, für das Zivilverfahren aber keinen Zweck haben. Will man die Ausdehnung der Analogie zu Art. 55 c. pén auf Fälle, in denen der Zivilklage eine strafrechtliche Verurteilung nicht vorausgegangen ist, nicht anerkennen, so käme man zur Annahme einer solidarité imparfaite mangels Möglichkeit der Unterstellung eines mandat tacite nur in den Fällen, in welchen Mitdeliquenten, ohne vorher abgeurteilt zu sein, zivilrechtlich in Anspruch genommen werden.

§ 27. Haftung mehrerer Vermögensverwalter.

Bei der Haftung mehrerer Vermögensverwalter beruht die Solidarität auf einem deliktsähnlichen Tatbestand: der nicht ordnungsmäßigen Führung der Vermögensverwaltung. Der Grundgedanke ist der gleiche wie bei den übrigen Fällen deliktischer Haftung. Einmal mag auch hier noch ein Anklang an den alten Gedanken der Sanktion für die Veruntreuung mitspielen; in der Hauptsache aber dürfte die Bestimmung in Rücksicht auf die Beweisnotlage getroffen sein, um den durch die unordentliche Vermögensverwaltung Geschädigten möglichst sicherzustellen und ihm alle erreichbaren Mittel zur Wiederherstellung seiner vermögensrechtlichen Position an die Hand zu geben, während eine Rücksichtnahme auf die unehrlichen Vermögensverwalter nicht geboten erscheint. Das Gesetz selbst scheint auf den Straf- und Sicherungscharakter dadurch hinzuweisen, daß es eine Haftung des Vermögensverwalters überhaupt nur anordnet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Aus diesen Gründen habe ich die solidarische Haftung mehrerer Vermögensverwalter unter die Fälle der Solidarität auf Grund deliktsähnlicher Tatbestände eingereiht, Enneccerus[1]) allerdings will die Gesamthaftung mehrerer Vermögensverwalter für Verschulden als einen Fall der Solidarität auf Grund Unteilbarkeit der Leistung betrachtet wissen. Diese Ansicht scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein. Denn die Verwaltung eines fremden Vermögens ist ihrer Natur nach keineswegs unteilbar, und es ist auch keine vertragliche Unteilbarkeit anzunehmen. Vielmehr ist wohl eine Teilung der Verwaltung etwa in der Weise denkbar, daß A das bewegliche, B das unbewegliche Vermögen des D verwaltet.

---

1) a. a. O. II, 270.

Mehrere Testamentsvollstrecker.

Für das deutsche Recht maßgebend ist § 2219, II B.G.B., wonach mehrere Testamentsvollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, solidarisch dafür einzustehen haben. Die Gesamthaftung besteht allerdings nur insoweit, als die Testamentsvollstreckung gemeinschaftlich geführt wird. § 2224. Ist dagegen jeder der Beauftragten mit einem abgegrenzten Geschäftskreis betraut, ohne daß ihnen ein gegenseitiges Aufsichtsrecht zustünde, so haftet jeder allein und ausschließlich für die Erfüllung der ihm zugewiesenen Aufgabe.

Die Ausgleichungspflicht richtet sich im Zweifel nach § 426, tritt also zu gleichen Teilen ein. Hat jedoch ein Testamentsvollstrecker allein den Schaden herbeigeführt und der andere nur seine Aufsichtspflicht verletzt, so können gegen den Aufsichtspflichtigen im Innenverhältnis Regreßansprüche nicht geltend gemacht werden.

Im wesentlichen dieselben Bestimmungen trifft Art. 1033 c. c. mit der Einschränkung, daß diese Vorschrift nur für das bewegliche Vermögen gilt, nicht für Immobilien[1]). Bei gemeinschaftlicher Geschäftsführung tritt solidarische Haftbarkeit ein, bei Beschränkung auf einzelne Geschäftskreise Einzelhaftung. Doch erwähnt Dalloz[2]) eigens den Fall, daß mehrere der auf bestimmte Gebiete eingesetzten Vollstrecker ihre Befugnisse überschreiten, wodurch sie alle solidarisch haftbar werden.

Der Regreß ist in gleicher Weise wie in Deutschland geregelt.

Das englische Recht zeigt für den Fall mehrerer Testamentsvollstrecker in einigen Punkten Anklänge an die kontinentale Regelung. Doch ist die Haftung im allgemeinen eine ziemlich milde und das mit Rücksicht darauf,

---

1) Dalloz, Rép, Dispositions entre vifs no. 4105.
2) Dalloz, Rép. Dispositions entre vifs no. 4104.

daß sich die Leute sonst zu leicht von der Übernahme solcher Ämter abschrecken ließen. Andererseits aber soll gegen den Mißbranch des in der Ernennung zum Testamentsvollstrecker liegenden Trust eingeschritten werden können. Ein executor oder administrator ist im allgemeinen für devastavit[1]) seines so-executor nicht verantwortlich[2]), immer vorausgesetzt, daß er nicht schuldhafterweise dazu beigetragen hat. Diese allgemeine Regel ist auch in s. 24 der Trustee's Act von 1893 niedergelegt; ihre Durchführung aber zeigt keineswegs ein klares Bild. Wenn z. B. Geld nur in die Hände eines Mitvollstreckers gekommeu ist, während der andere nichts davon weiß, so macht den letzteren ein devastavit seines Mitvollstreckers nicht haftbar. Hat er aber selbst das Geld eingenommen und an den anderen weitergegeben, so ist er mit diesem jointly and severally für die Verwendung des Geldes haftbar[3]) ausgenommen, wenn ihm bei der Übergabe an den anderen kein Verschulden zur Last fällt, wenn z. B. der andere Bankier ist[4]) und der Übergebende annehmen durfte, daß er auf diese Weise das Geld gut angelegt habe[5]). Teilen sich mehrere Testamentsvollstrecker durch private Vereinbarung in die Führung der Geschäfte, so bleibt doch jeder auf das Ganze haftbar. Da nach allgemeinen Regeln der Courts of Equity mehrere trustees zur gegenseitigen Überwachung verpflichtet sind, so wird ein Mitvollstrecker auch dann mitverantwortlich, wenn er bei der Begehung eines breach of trust durch seinen Mitvollstrecker zusieht, ohne dieselbe zu verhindern[6]).

---

1) Devastavit ist die nichtwirtschaftliche Verausgabung von Einnahmen aus dem anvertrauten Vermögen.

2) Williams v. Nixan VI Mews' Digest 1357.

3) Langford v. Gascoyne, mir nicht zugänglich, bei Williams, On Executors S. 1451 zitiert.

4) Churchill v. Hobson XIV M.D. 795. Chamberts v. Münchin XIV M.D. 795.

5) Townsend v. Barber u. a. bei Williams, a. a. O. S. 1451.

6) Booth v. Booth XV M.D. 1470.

Wenn einer der mehreren Vollstrecker auf das Ganze in Anspruch genommen worden ist, so hat er gegenüber seinen Mitvollstreckern ein Regreßrecht[1]), es sei denn, daß er selbst einen Vorteil aus der Veruntreuung gezogen hat[2]).

§ 28. Mehrere Vormünder.

Entsteht einem Mündel durch die von mehreren Vormündern oder Vormund und Gegenvormund verschuldete Pflichtverletzung ein Schaden, so haften sie gesamtschuldnerisch gemäß § 1833 B.G.B. Ohne Verschulden ist auch hier die Haftung ausgeschlossen, ebenso wie bei mehreren Testamentsvollstreckern.

Anders in Frankreich: dort gibt es grundsätzlich für jeden Mündel nur einen Vormund. Ausnahmen hat das Gesetz selbst in drei Fällen zugelassen: einmal kann bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten dessen neuer Ehegatte Mitvormund werden; ferner für die Fälle der protutelle (wenn für die in den Kolonien usw. liegenden Güter eines Mündels mit Wohnsitz in Frankreich ein eigener Verwalter aufgestellt wird); endlich für die Fälle des „tuteur ad hoc." Sind auf eine der letzten beiden Arten mehrere Vormünder vorhanden, so führen sie die Vormundschaftsgeschäfte nicht gemeinschaftlich, sondern jeder von ihnen selbständig für seinen Kreis und jeder ist auch nur für die von ihm wahrzunehmenden Geschäfte haftbar.

Anders ist es beim ersten der angeführten Fälle: Es sind 2 Möglichkeiten zu unterscheiden: Eine Witwe, die die Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder ist, hat die Pflicht, vor Eingehung einer zweiten Ehe den Familienrat zusammenzurufen, der darüber zu entscheiden hat, ob sie

---

1) Chillingworth v. Chambers 73 L.T.R. 208
2) S. dazu Godefroi On Trusts and Trustees S. 681.

die Vormünderin ihrer Kinder auch weiterhin bleiben soll. Beläßt er der Frau die Vormundschaft, so gibt er ihr als Mitvormund den zweiten Gatten bei, welcher gemäß Art. 396 c. c. alter und neuer Fassung mit ihr solidarisch für Vormundschaftsführung nach Eingehung der neuen Ehe haftet. Bei Unterlassung der Zusammenrufung des Familienrates dagegen bestimmt Art. 395 c. c. alter Fassung: »A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu' elle aura indûment conservée.« In der neuen Fassung ist das Wort „solidairement" ausgelassen. Doch glaubt Planiol[1]) wohl mit Recht, daß auch jetzt noch mindestens eine auf Delikt beruhende Solidarität bestehe und in der Praxis wird sogar angenommen, daß sich diese Mithaftung des neuen Ehegatten auch auf die Zeit vor Eingehung der zweiten Ehe erstreckt.

In Frankreich ist bei jeder Vormundschaft auf Grund der zwingenden Bestimmung des Art. 420 c. c. ein Gegenvormund aufzustellen (subrogé-tuteur), der einerseits dann in Funktion tritt, wenn bei einem Geschäft die Interessen des Mündels mit denen des Vormunds kollidieren und dieser anderseits den Vormund zu überwachen hat. Kommt der Gegenvormund dieser Aufsichtspflicht nicht oder schlecht nach, und entsteht dadurch ein Schaden für den Mündel, so ist auch der Gegenvormund schadenersatzpflichtig, aber erst subsidiär, wenn der Mündel vom Vormund keine Befriedigung erlangen kann. Es handelt sich also um gesetzliche Bürgschaft nicht um Solidarität. Eine Ausnahme findet sich lediglich von Gesetzes wegen, nämlich im Art. 1442 c. c. Jeder überlebende Ehegatte, der in Gütergemeinschaft gelebt hat, ist verpflichtet, bei Auflösung der Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten ein Inventar

1) l. c. p. 238.

zu errichten. Der Gegenvormund ist gehalten, auf die Durchführung dieser Verpflichtung zu dringen. Errichtet der überlebende Ehegatte das Inventar nicht und hält ihn der Gegenvormund nicht dazu an, so werden beide solidarisch auf den Betrag verantwortlich, der durch gerichtliche Entscheidung den Kindern zugesprochen wird.

Nach englischem Recht hat der „guardian" einerseits die Sorge für die Person, anderseits die Vertretung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Mündels und zwar ist ihm letztere Befugnis durch Gesetz bezw. Gewohnheitsrecht gegeben. In Bezug auf die gesetzliche Vertretung in Vermögensangelegenheiten nimmt der guardian die Stellung eines trustee ein[1]). Sind dem Mündel mehrere guardians bestimmt, was häufig vorkommt, so werden sie co-trustees[2]). Begeht einer von ihnen einen breach of trust, so ist auch der andere dafür haftbar unter der Voraussetzung, daß er entweder dabei mitgewirkt oder darum gewusst hat[3]).

Im Innenverhältnis ist er grundsätzlich seinen co-trustees regreßpflichtig[4]). Die Ausgleichungspflicht besteht in der Regel auch für nicht geschäftsführende trustrees und besteht nach dem Tode eines von ihnen gegenüber dem personal representative fort[5].) Der Ausgleichungsanspruch fällt für denjenigen fort, welcher solicitor ist oder aus der schlechten Verwaltung selbst Nutzen gezogen hat, oder wenn er selbst ein beneficiary under the trust instrument ist.

§ 29. Vorstandsmitglieder eines Vereins.

Im Zusammenhang mit den zuletzt erörterten Fällen mehrerer Vermögenswalter stehen auch die Vorschriften

1) Goldefroi, a. a. O. S. 598 sagt: „A guardian, whether testamentary or assuming to act in that character, is to all intents and purposes a trustee and must account as such."

2) Gilbert v. Schwenck, VII M. D. 1499.

3) Godefroi l. .c S. 526/7; Horton v. Brocklehurst VII M. D. 1499.

4) Bacon v. Camphausen 58 L.T.R. 851.

5) Chillingworth v. Champers XIV M. D. 741.

des deutschen Gesetzes über die Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder eines Vereins bei nicht rechtzeitiger Stellung des Konkursantrags und die gleichen Bestimmungen für Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit diese überhaupt konkursfähig sind, § § 42II, 86, 89 B.G.B. Die nämliche Haftung trifft mehrere Liquidatoren eines Vereines oder einer Stiftung, die nicht rechtzeitig Konkursantrag stellen. Die Vorschrift basiert auf dem Gedanken, daß der Vorstand im Interesse der Mitglieder und Gläubiger die Substanz des Vereins- oder Stiftungsvermögens zu wahren hat. Eine solche Wahrung der gläubigerischen Interessen ist auch in der rechtzeitigen Stellung des Konkursantrags zu sehen, denn dadurch wird verhindert, daß der vorsichtigste oder der am besten in die Verhältnisse Eingeweihte volle Befriedigung findet auf Kosten aller anderen, die weniger schnell vorgehen; weiter wird verhütet, dass das Vermögen immer mehr abnimmt. Läßt die Vorstandschaft diese Verpflichtung ausser acht und benachteiligt damit die Gläubiger, so ist sie diesen gesamtschuldnerisch für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Die Haftbarkeit entfällt allerdings, wenn die Stellung des Konkursantrags ohne Verschulden der Vorstandsmitglieder unterblieb.

Liquidatoren eines Vereins werden etwa dann haftbar, wenn sie vor der Befriedigung der Gläubiger das Vermögen oder Teile desselben an die Anfallsberechtigten ausantworten.

Wesentlich anders liegen die Dinge in Frankreich. Hier ist nicht jeder rechtsfähige Verein konkursfähig, sondern nur solche mit Kaufmannseigenschaft. Das französische Gesetz ist sehr sparsam mit den Regeln über die Durchführung des Konkurses. Mit den deutschen einschlägigen Paragraphen übereinstimmende Vorschriften finden sich nicht. Zwar schreibt Art. 438 c. com. eine Anmeldung des Konkurses innerhalb 14 Tagen nach Zahlungseinstellung

vor. Jedoch setzt er keine unmittelbare Sanktion fest für den Fall der Unterlassung dieser Verpflichtung.

Auch nach französischem Recht kann eine bereits in Liquidation befindliche Gesellschaft noch in Konkurs erklärt werden. Mehrere Liquidatoren sind solidarisch für ihre Geschäftsführung verantwortlich, soweit sie gemeinsam dazu berufen sind. Aus diesem Gesichtspunkt könnten sie eventuell von den Mitgliedern des Vereins, nicht aber von Dritten in Anspruch genommen werden.

Eine gleiche oder auch nur ähnliche Haftung wie sie im deutschen Recht besteht, ist im englischen Recht nicht vorhanden. Denn es besteht keine Verpflichtung zur Anmeldung des Konkurses.

§ 30. Miterben.

Nach deutschem bürgerlichen Gesetzbuch haften im Gegensatz zum gemeinen Recht die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner. § 2058. Diese Vorschrift hängt zusammen mit dem Gedanken der Universalsukzession.

Nachlassverbindlichkeiten im Sinn des § 2058 sind insbesondere die Kosten der standesgemässen Beerdigung und vor allem die in § 1967 aufgeführten Verpflichtungen.

Im allgemeinen dauert die solidarische Haftung auch nach Beendigung der Erbengememeinschaft noch fort. Eine anteilige Haftung kommt lediglich dann in Frage, wenn ein Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wird, wenn er die Forderung später als 5 Jahre nach dem Erbfall geltend macht, wenn ein Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich beendigt ist und endlich, wenn der Erbe für eine Nachlaßverberbindlichkeit unbeschränkt haftet, der Nachlaß aber noch nicht geteilt worden ist.

Der Umfang der Ausgleichungspflicht richtet sich nach der Höhe der einzelnen Erbteile, wie im § 2148 indirekt ausgedrückt ist.

In Frankreich dagegen besteht zwischen Miterben grundsätzlich keine Solidarität; sie repräsentieren zwar die Person des Verstorbenen, aber jeder nur zu einem Teil. Art. 1220 c. c. Will der Gläubiger seine ganze Forderung auf einmal eintreiben, so hat er gegen alle Miterben zusammen zu klagen, von denen jeder im Verhältnis seines Erbanteils haftet.

Besser gestellt ist der Gläubiger nur, solange der Nachlaß nicht geteilt ist. Bis zur Teilung kann er sich nämlich an die Masse halten und sich im Ganzen daraus befriedigen.

Zu merkwürdigen Konsequenzen führt die Lösung des französischen Rechts in Bezug auf die Stellung der Erben in Gesamtschuldverhältnissen des Erblassers. Sie bleiben nämlich mit den Mitschuldnern des Erblassers solidarisch verhaftet. Das führt zu dem in Art. 2249 niedergelegten Ergebnis: Die Mahnung des Gläubigers gegenüber einem Mitschuldner, der nicht Erbe ist, oder dessen Anerkenntnis unterbricht die Verjährung in Bezug auf alle Mitverpflichteten, auch auf die sämtlichen Miterben. Wird dagegen einer der Erben vom Gläubiger gemahnt, so wird dadurch die Verjährung gegenüber den anderen Erben nicht unterbrochen, selbst bei hypothekarisch gesicherter Forderung nicht mit Ausnahme des Falls, daß es sich um eine unteilbare Schuld handelt. Gegenüber den anderen Schuldnern wird die Verjährung zwar unterbrochen, aber nur in Höhe des Betrages, auf den der gemahnte Erbe haftet.

Um Verjährungsunterbrechung auf das Ganze herbeizuführen, bedarf es der Mahnung aller Miterben.

Dieses gänzlich unbrauchbare Ergebnis wird in der Praxis vielfach durch andere Maßnahmen ausgeschaltet. Es ist nämlich allgemein Sitte geworden, daß bereits bei Eingehung der Solidaritätsverpflichtung (in Hinsicht auf die Teilhaftung der Erben eines durch Tod ausscheidenden Mitverpflichteten) die Schuld durch Parteivereinbarung zu

einer unteilbaren gemacht wird, indem die Mitschuldner stipulieren, «solidairement et indivisiblement» für die Schuld haften zu wollen.

Nur in 2 Fällen kennt das französische Recht noch heute, abweichend von der prinzipiellen Regelung, eine gesamtschuldnerische Haftung von Miterben. In beiden Fällen ist die Solidarität zur Sicherung fiskalischer Interessen angeordnet. Sie greift Platz einmal in Bezug auf die Erbschaftssteuern, für die gemäß Art. 32 des Gesetzes vom 22 frimaire an VII die Miterben als Gesamtschuldner haften.

Der 2. Fall geht zurück auf Gewohnheitsrecht der Bretagne, wo früher (jetzt ist sie natürlich auch dort im allgemeinen aufgehoben) Solidarität zwischen Miterben bestand. Nach Art. 3 des Gesetzes vom 7. VI/6. VIII 1791, das noch jetzt in Kraft ist, ist nämlich für die départements bas-bretons: Morbihan, Côtes du Nord und Finistère vorgeschrieben, daß die Erben eines Domänenpächters zwar berechtigt sein sollen, unter sich die Gebäude und die ihnen zustehenden Erbbaurechte zu teilen, daß sie aber in Bezug auf den Grundzins stets solidarisch verantwortlich bleiben.

Für das englische Recht kommt eine solidarische Haftung von Miterben überhaupt nicht in Betracht, da dort das ganze Vermögen, wie bereits früher erwähnt, nicht auf den Erben, sondern auf den executor oder administrator übergeht. Es kann also nur eine Solidarität der personal representatives in Betracht kommen, die bereits im § 27 behandelt wurde.

§ 31. Solidarität von Ehemann und Ehefrau.

Die nach deutschem Recht kraft Gesetzes eintretende solidarische Haftung zwischen Ehemann und -frau beruht auf dem Gedanken einer als Gegengewicht zu dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut der Frau und am Gesamtgut einer Güter-

gemeinschaft angeordneten Verpflichtung. Dafür kommen 4 Gesetzesstellen in Betracht: die §§ 1388, 1459, II, 1480 und 1530, II.

Die erstgenannte Vorschrift bestimmt, daß der Mann, soweit er beim gesetzlichen Güterstand im Innenverhältnis die Verbindlichkeiten der Frau zu tragen hat[1]), deren Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner haftet. Diese Belastung des Mannes tritt ein in Bezug auf die Tragung der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Lasten, die Versicherung der zum eingebrachten Gut gehörenden Gegenstände, die wiederkehrenden Leistungen aus dem eingebrachten Gut und die Prozeßkosten, da der Mann anderenteils die Nutznießung am Frauenvermögen hat. Der Mann haftet aber nicht nur mit den Nutzungen als einer Art Sondervermögen, sondern persönlich mit seinem ganzen Vermögen.

Gemäß § 1459,II haftet der Mann auch während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft für die Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, neben ihr als Gesamtschuldner. Nach Beendigung der Gütergemeinschaft besteht die Solidarhaftung jedoch fort, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnis der Eheleute zueinander dem Gesamtgut zur Last fallen.

Um die Gläubiger sicherzustellen, ist die Haftung bei allgemeiner Gütergemeinschaft noch in einem weiteren Fall besonders verschärft: Wird nämlich eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtgutes berichtigt, so haftet dem Gläubiger auch der Ehegatte als Gesamtschuldner, für den z. Zt. der Teilung eine solche Haftung nicht bestand. Allerdings erstreckt sich diese Haftung nicht auf das ganze Vermögen, sondern lediglich auf die dem Ehegatten aus dem Gesamtgut zugeteilten Gegenstände. Diese Haftbarkeit trifft nicht nur den Mann, sondern sie ist der einzige Fall, in dem auch die Frau

1) §§ 1385—1387 B.G.B.

persönlich und solidarisch für im Innenverhältnis vom Mann zu tragenden Verbindlichkeiten aufzukommen hat.

Die Vorschrift des § 1530,II bezieht sich auf die Errungenschaftsgemeinschaft und ist vollkommen analog der im § 1459,II getroffenen Anordnung.

In Frankreich ist aus der Formulierung des Art. 1419 c. c.eine Streitfrage entstanden: ob die Haftung des Ehemannes neben der Frau eine solidarische ist oder nicht. Der vielbesprochene Artikel lautet: «les créanciers peuvent poursuivre le payement de la dette que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité due au mari.»

Der Kernpunkt der Meinungsverschiedenheiten geht auf das Problem zurück, wie es kommt, daß die bloße Zustimmung des Ehemannes eine Verhaftung nicht nur des Gutes der Frau, sondern des Gesamtgutes und des Vorbehaltsgutes des Mannes bewirkt.

Die eine Theorie lehrt, daß der Mann an sich gegenüber den Gläubigern der Frau gar nicht persönlich verpflichtet sei, sondern er hafte einfach neben der Frau, weil sein Vorbehaltsgut während der Dauer der Ehe gegenüber Dritten vom Gesamtgut nicht trennbar sei (so Laurent[1])).

Die 2. Theorie[2]) dagegen sagt: durch seine Zustimmung wird der von der Frau beim Rechtsgeschäft vertretene Mann persönlich verpflichtet; dadurch wird auch das Gesamtgut und das Vorbehaltsgut des Mannes verhaftet.

Die ganze Stellung der französischen Frau ist eine weniger selbständige als die der deutschen. So kann z. B. der Mann alle zum Vermögen der Frau gehörigen Klagerechte allein in eigenem Namen ausüben (Art. 1428 c. c.).

---

1) Principes du droit civil t. 22, no. 70.

2) De molombe, droit civil t. 2, no. 310, Aubry et Rau, l, c, t. 5, p. 433 und die Urteile: D.P. 89,1,293; 91,2,236; 1901,1,401.

Es ist also auch anzunehmen, daß die Zustimmung des Mannes zu Rechtsgeschäften der Frau nicht eine alleinige selbständige Verpflichtung der Frau, sondern zugleich eine persönliche Haftbarkeit des durch sie vertretenen Mannes hervorruft. Capitant allerdings beruhigt sich nicht mit der 2. Theorie, sondern er stellt sich weiter die Frage, ob eine Obligation auf das Ganze notwendig eine solidarische Verpflichtung sein muß, ob nicht vielmehr die Konstruktion einer obligatio in solidum ohne Solidarität denkbar sei[1]) und bejaht diese Möglichkeit. Er will dabei diese obligatio in solidum von der sogenannten solidarité imparfaite geschieden wissen. Zur Unterstützung seiner Meinung führt er an, daß sowohl Miturheber eines Delikts als auch nach Art. 1384 zivilrechtlich für Delikte anderer haftbare Personen in solidum, aber nicht solidarisch verpflichtet seien, da jeder durch sein Verschulden den Schaden verursacht habe und deshalb zum Ersatz desselben verpflichtet sei.

Schon das angezogene Beispiel weist darauf hin, daß Capitant, trotzdem er sich gegen die Identifizierung seiner obligatio in solidum mit der solidar ité imparfaite verwahrt, nur einen anderen Namen für die gleiche Sache gewählt hat und auf diese Weise die Anerkennung einer früher abgelehnten Theorie herbeizuführen sucht.

Auf die hier besprochene gemeinschaftliche Verpflichtung der Ehegatten aber kann diese Theorie wohl keine Anwendung finden. Denn das Wesen der solidarité imparfaite liegt ja nach allgemeiner Auffassung gerade darin, daß zwischen den auf den gleichen Gegenstand verpflichteten Personen keine inneren Beziehungen bestehen, daß deshalb das mandat tacite nicht unterstellt werden kann, und infolgedessen die Ausdehnung der Wirkung von Handlungen eines Mitschuldners auf alle anderen wegfällt, wodurch die Verpflichtung zu einer bloß solidaritätsähnlichen, zu einer unvollkommen solidarischen herabgedrückt werde.

1) Anm. zu D.P. 1903,1,401.

Zwischen den Ehegatten aber besteht natürlich eine solche innere Verbundenheit und bei ihnen mehr als in allen anderen Fällen kann ein mandat tacite unterstellt werden. Auch ein Verstoß gegen den berühmten Art. 1202 c. c. ist in der Konstruktion der Verpflichtung aus Art. 1492 als echter Solidarhaftung nicht zu sehen. Denn Art. 1202 verlangt eine Anordnung der Solidarität durch Gesetz oder ausdrückliche Stipulation. Daß die Anordnung durch das Gesetz nur mit dem Ausdruck Solidarität erfolgen könne, ist nirgends gesagt und auch nach der sonstigen Theorie nicht anzunehmen, die bei vertraglicher Solidaritätsvereinbarung alle Abmachungen gelten läßt, die nur das Wesen der gesamtschuldnerischen Haftung treffen, auch wenn sie das Wort Solidarität nicht gebrauchen.

Man wird also die Haftung des Ehemannes neben der Ehefrau auch nach französischem Recht als einen Fall echter Solidarität bezeichnen dürfen.

Die einheitlichste Stellung nahm lange Zeit das englische Recht ein. Nach common law galt nämlich bis zur Married Women's Property Act (1870/4) das principle of the union of husband and wife ganz unverfälscht. Danach konnte eine verheiratete Frau nicht allein klagen oder verklagt werden, sondern der Ehemann mußte selbst bezüglich der vorehelichen Kontrakte und Delikte jointly mitverklagt werden. Nach dem erwähnten Gesetz dagegen konnte die Frau in Bezug auf voreheliche Kontrakte selbständig verklagt werden. Jedoch stand es dem Gläubiger frei, den Ehemann mitzuverklagen, wobei allerdings die Haftung desselben auf den Wert dessen beschränkt war, was die Frau nach common law oder durch Ehevertrag ihm zugebracht hatte.

Erst das Gesetz von 1882/3 ändert die Stellung der Frau von Grund auf. Sie kann nunmehr Eigentum ohne Intervention eines trustee erwerben, kann sich verpflichten und Verfügungen treffen bis zur Höhe ihres Vorbehalts-

gutes und kann in demselben Umfang auch gleich der unverheirateten volljährigen Frau selbständig klagen und verklagt werden. Für Verträge der Frau, zu welchen er seine tatsächliche Zustimmung erteilt hat, haftet der Mann nach den Grundsätzen über die Stellvertretung (ähnlich wie im französischen Recht.) Doch kann der Mann auch jetzt noch jointly mit seiner Frau oder sogar allein verklagt werden. Soweit der Mann neben seiner Frau persönlich haftet (also für Kontrakte, zu denen er seine Zustimmung gegeben hat oder wenn es sich um anderes Vermögen als Vorbehaltsgut handelt, ferner in Bezug auf die während der Ehe begangenen Delikte), geht auch das Urteil gegen die Frau und gegen ihn persönlich; soweit die Frau allein haftbar ist (z. B. für voreheliche Kontrakte und Delikte, für Verpflichtungen aus dem Vorbehaltsgut), geht das Urteil nur gegen die Frau.

Für die Eheleute, welche vor 1883 geheiratet haben, bleibt es bei der alten Regelung.

Einen einheitlichen Standpunkt nimmt das englische Recht z. Zt. nur bezüglich der während der Ehe von der Frau begangenen Delikte ein, für die der Mann auch nach der neuen Ordnung persönlich haftet.

Die neue englische Regelung ist ziemlich ähnlich den in unserem Recht getroffenen Vorschriften.

§ 32. Doppelversicherung.

Der Fall der Doppelversicherung war in Deutschland lange Zeit sehr bestritten und galt als einer der wichtigsten Fälle der unechten Solidarität.

Jetzt besteht gemäß § 59,I Vers. Vert. Ges.; §§ 787 ff. H.G.B. bei Doppelversicherung solidarische Haftbarkeit der mehreren Versicherer und zwar auch dann, wenn die verschiedenen Versicherungsverträge ganz unabhängig voneinander abgeschlossen werden. Voraussetzung des Eintritts einer Haftung überhaupt ist natürlich stets, daß die

Doppelversicherung gutgläubig und nicht in der Absicht genommen wird, eine den Wert des zu Schaden gekommenen Rechtsgutes übersteigende Versicherungssumme herauszubekommen.

Jetzt haben wir also in Deutschland, da auch hier wieder eine von Gesetzes wegen angeordnete innere Verbundenheit besteht, einen Fall echter Solidarität vor uns.

Eine Einschränkung der Vorschriften des Reichsrechts wurde verschiedentlich durch Landesgesetze in Bezug auf die Feuerversicherung getroffen. So enthält § 9 der bayerischen Verordnung, die Mobiliarfeuerversicherung betreffend, vom 11. IX. 1872 ein Verbot der Doppelversicherung selbst für die Fälle, in denen der Wert der versicherten Sache durch die mehreren Versicherungen nicht überstiegen wird.

In Frankreich ist die Frage der Doppelversicherung ein mangels gesetzlicher Regelung noch heute bestrittenes Gebiet. Eine gesetzliche Vorschrift ist nur für die Seeversicherung in Art. 359 c. com., der im Prinzip ein Verbot der Doppelversicherung aufstellt, und in seinem Abs. I eine zweite Versicherung bei völliger Deckung des Wertes durch die erste als richtig erklärt.

Übersteigt dagegen der Wert der versicherten Sache die durch den 1. Versicherungsvertrag gedeckte Summe, so haftet der 2. Versicherer lediglich auf den über die gedeckte Höhe hinausgehenden Betrag, in beiden Fällen immer vorausgesetzt, daß die Doppelversicherung nicht in betrügerischer Absicht genommen ist[1]). Nur wenn unter mehreren Verträgen nicht festgestellt werden kann, welcher die Priorität besitzt oder wenn mehrere Verträge zu genau

---

1) Zur Ermöglichung genauer Feststellung der Zeit des Vertragsabschlusses schreibt Art. 332 c. com. vor, daß der Vertrag nicht nur datiert, sondern auch die Stunde des Abschlusses darauf vermerkt werden muß.

gleicher Zeit abgeschlossen sind, tritt anteilsmäßige Belastung der mehreren Versicherer ein[1]).

Für die Seeversicherung kommt also eine solidarische Haftung überhaupt nicht in Betracht.

Darüber aber, wie die Frage der Doppelversicherung für die in den Begriff assurances terrestres zusammengefaßten Versicherungszweige zu beurteilen sei, stehen sich zwei Ansichten gegenüber: Die in der neueren Zeit von der Cour de Cassation[2]) vertretene Meinung geht dahin, daß Art. 359 c. com. auch auf die übrigen Versicherungszweige auszudehnen sei.

Die 2. Theorie, die in einem Urteil der Cour de Colmar vom 14. 12. 49 aufgestellt ist und auch heute noch vertreten wird[3]), ist in folgendem Urteilssatz zusammengefaßt: «en cas d'incendie de bâtiments assurés successivement par deux compagnies d'assurance à prime, pour des sommes supérieures àl'importance du sinistre, celle des deux compagnies qui a assuré le premier est, vis-à-vis de l' assuré, tenu au payement de l'indemnité pour le tout sauf à exercer, à ses risques et périls, son recours contre la seconde compagnie pour la part contributoire que celle-ci se serait engagée à payer.» Zur Stützung seiner Ansicht zieht dieses Urteil den Art. 342 c. com. über die Rückversicherung von Gebäuden und Mobilien heran.

Diese Lehre ist m. E. trotz Heranziehung der Analogie zu Art 342 c. com. ziemlich willkürlich. Denn es liegt näher, die Bestimmungen über die Seeversicherung, die ja auch das Verhältnis von Versicherer und Versicherungsnehmer behandelt, analog heranzuziehen als die Vorschriften über die Rückversicherung, die zwischen 2 Versicherungs-

---

1) S. dazu Lyon-Caen-Renault: Traité de Droit Com. t. VI no. 1114 und DP. 67, 5, 28.

2) DP. 78, 1, 223.

3) DP. 52, 1, 20.

gesellschaften abgeschlossen ist und nach aussen, gegenüber dem Versicherugsnehmer gar nicht in Erscheinung tritt.

Für die vorliegende Untersuchung braucht nicht näher auf dieses Problem eingegangen zu werden, da in keinem der beiden Fälle eine solidarische Haftung in Betracht käme.

Nach englischem Recht besteht für Feuer- und See-versicherung zwischen den mehreren Versicherern eine joint and several liability[1]).

Im Innenverhältnis sind sich die mehreren Versicherer regreßpflichtig nnd zwar in folgendem Umfang: „ . . . and I think if the same person in respect of the same right insures in two offices, there is no reason why they should not contribute in equal proportions in respect of a fire policy as they will in the case of a marine policy."

Das englische Recht stimmt also ziemlich mit den deutschen Vorschriften des § 59 V.V.G. überein, die nach dem englischen Vorbild geschaffen wurden.

II. Kapitel.

Solidarität kraft Rechtsgeschäfts.

Unter den Begriff Solidarität kraft Rechtsgeschäfts fallen alle auf Grund des § 427 zustande gekommenen solidarischen Verbindlichkeiten. In einem Fall ist die Rechtsnatur noch besonders zu prüfen: bei der kumulativen Schuldübernahme.

§ 33. Kumulative Schuldübernahme.

Die Solidarität bei kumulativer Schuldübernahme kann sowohl auf Gesetz als auf Rechtsgeschäft beruhen. Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt lediglich die erstere in

---

1) North British & Mercantile Insurance Co. v. London Liverpool & Globe Insurance Co. 36 L.T.R. 629.

dem § 419. Bei Übernahme des ganzen Vermögens eines anderen wird nämlich der Übernehmer den Gläubigern des bisherigen Schuldners für alle z. Zt. des Vertragsabschlusses bestehenden Ansprüche verantwortlich, ohne daß der alte Schuldner aus seiner Haftung entlassen würde. Der Übernehmer allerdings wird beschränkt gesichert durch Beschränktheit seiner Haftung.

Dagegen ist im B.G.B. die kumulative Schuldüberübernahme kraft Rechtsgeschäfts, der sogenannte Schuldbeitritt nicht ausdrücklich unter dem Titel Schuldübernahme behandelt. (§ 414 spricht nur von der privativen Schuldübernahme). Vielmehr ist der Tatbestand des Schuldbeitritts unter die Fälle des § 421 zu rechnen. Dabei trat zunächst die Frage auf, ob bei einer späteren Schuldübernahme die Identität des Leistungsgegenstandes und weiter die nach der neueren Theorie verlangte Zweckgemeinschaft gewahrt seien. Das erstere Erfordernis ist, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat[1]), zweifellos gegeben. Denn auch wenn X einer früher von Y allein eingegangenen Schuld später beitritt, wird dadurch die Schuld nicht verändert, sondern sie bleibt ihrer Natur und Höhe nach, sowie in Bezug auf die Leistungsmodalitäten dieselbe. In den meisten Fällen aber ist — ein gemeinschaftlicher Entstehungsgrund wird ja für die Entstehung einer Solidarobligation nicht verlangt — außerdem die subjektive Zweckgemeinschaft einwandfrei vorhanden[2]). Für den Fall eines Schuldbeitritts durch abstraktes Schuldversprechen hat das Reichsgericht das Vorliegen einer subjektiven Zweckgemeinschaft — es spricht hier von Gemeinschaft des materiellen Schuldgrundes — verneint[3]). Spätere Entscheidungen des 1. Senats allerdings[4]) haben gegen das zitierte Urteil

1) So auch RG. 72,404.
2) RG. 51, 121; 59, 233; 64, 319.
3) R. 67, 128.
4) RG. 70, 410; 77, 323.

Stellung genommen und in dem hier mit Enneccerus vertretenen Sinn sich ausgesprochen.

In Frankreich war lange Zeit und ist zum Teil noch heute äußerst bestritten, ob ein einzelnes Passivum überhaupt von einem Vermögen auf das andere übertragen werden könne ohne Erlöschen der alten und Entstehung einer neuen Schuld. Die moderne französische Wissenschaft allerdings kennt neben der hier als den alten Anspruch vernichtend ausscheidenden „novation" auch die „cession de dette", eine Art privater Schuldübernahme, die jedoch im Gesetz nicht geregelt ist. Ein gänzlich unserer Schuldübernahme entsprechendes Institut (reprise de dette) aber gibt es im französischen Recht nach Colin-Capitant[1]) überhaupt nicht. Baudry-Lacantinerie[2]) dagegen verneint die Frage der Konstruierbarkeit einer reprise de dette im französischen System nicht schlechtweg; er meint im Gegenteil, aus der Tatsache, daß der Code civil diese Rechtsfigur nicht vorgesehen habe, dürfe nicht geschlossen werden, daß sie nicht möglich oder nicht zulässig sei. Sie ist, da ja auch in Frankreich der Grundsatz der Vertragsfreiheit herrscht, sehr wohl denkbar, soweit die einzelnen konkreten Vereinbarungen nicht gegen zwingende Regeln verstoßen. Doch sieht auch dieser Autor die Schuldübernahme nur theoretisch vor ohne Anwendungsfälle zitieren zu können und verbreitet sich nicht näher über die einzelnen dabei sich ergebenden Zweifel. Sie dürften im wesentlichen dieselben wie im deutschen Recht und in gleicher Weise zu beantworten sein.

Dem englischen Recht ist die kumulative Schuldübernahme in unserem Sinne ebenfalls fremd. Es kennt zwar ein assignment of debts, das es mit dem Begriff novation belegt; jedoch handelt es sich auch hier wieder um privative Schuldübernahme. Zudem scheint auch diese

1) L. c. t. II, p. 155.
2) L. c. t. XIV, no. 1766 (1765).

Form in England ziemlich selten zu sein und wie Pollock[1]), Chitty[2]) u. a. angeben, fast ausschließlich bei Tod oder Rücktritt eines Partners aus der partnership oder bei Übernahme der gesamten Aktiven und Passiven einer company durch die andere vorzukommen. Dabei wird aber der alte Schuldner durch Zustimmung des Gläubigers, für deren Vorhandensein allerdings strenger Beweis verlangt wird, aus der Haftung entlassen. Vor der Zustimmung hat der Gläubiger gegen den neuen Schuldner keine Rechte, besonders kein Klagerecht. Bei partnerships wird außerdem der austretende Partner mit seiner Entlassung aus der primären Haftung ipso jure Bürge. Diese Haftung aber wird durch Stundung gegenüber dem neuen Schuldner aufgehoben.

III. Kapitel.

Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob echte Solidarität vorliegt.

§ 34. Dieb und Versicherer.

Eine der am häufigsten auftretenden und noch heute nicht unbestritten gelöste Frage ist die nach der Natur der Rechtsbeziehungen des Diebes, bzw. des Brandstifters oder anderer Schädiger einerseits und des Versicherers andererseits gegenüber dem Geschädigten.

Zweifellos ist, wenn eine im Eigentum des A stehende und bei B versicherte Sache durch C in Brand gesteckt wird und zugrunde geht, sowohl B aus dem Versicherungsvertrag als auch C aus unerlaubter Handlung gegenüber A zum Schadensersatz verpflichtet. Die beiden Obligationen sind einmal verbunden durch die Identität des Leistungs-

1) On Contracts p. 218.
2) l. c., p. 959.

gegenstandes, denn sowohl die Leistung des B als die des C stellt sich dar als eine Entschädigung des A. Sind aber die beiden Verpflichtungen des Brandstifters und des Versicherers noch durch weitere Beziehungen verbunden? Und sind die verschiedenen für die Solidarschuld aufgestellten Regeln auf sie ebenfalls anwendbar? Offenbar nicht, oder wenigstens nicht durchweg. Einmal sind die beiden Verpflichtungen nicht mit Rücksicht aufeinander und als Gesamtschuld eingegangen; eine vertragliche Solidarität fällt also von vornherein weg. Auch das Gesetz konstituiert zwischen dem Dieb und dem Versicherer kein Gesamtschuldverhältnis, wie es das etwa bei Mitdelinquenten tut. Es läßt lediglich den Rückgriffsanspruch des Geschädigten kraft Gesetzes auf den ihn befriedigenden Versicherer übergehen. § 67 Vers. Vertr. G.

Auch scheint es mir nicht angängig, wie manche es tun wollen, um eine Beziehung zwischen den beiden Obligationen herzustellen, in das Gesamtschuldverhältnis eine negotiorum gestio hineinzukonstruieren. Denn im allgemeinen erledigt man Geschäfte, ohne damit beauftragt zu sein, für einen anderen nur etwa um ihn dadurch vor weiterem Schaden zu bewahren oder fällig werdende Verbindlichkeiten rechtzeitig zu erfüllen usw.; fast stets aber für Bekannte, jedenfalls nicht für einen gänzlich Unbekannten, den man wahrscheinlich nie auffindet, um von ihm Auslagenersatz zu erhalten. Das ist vom Versicherer weniger als von jedem Privatmann zu erwarten. Jedenfalls ist der Beweggrund für die Erbringung seiner Leistung nur die Erfüllung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Geschädigten, während das Wesen der negotiorum gestio gerade die Erfüllung der Verpflichtung eines anderen ist.

Es bleibt also die Anwendbarkeit der §§ 426 ff. zu untersuchen.

Welche Wirkung hat zunächst die Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat? Man wird diese Tatsachen in dem hier

besprochenen und ähnlich gelagerten Fällen nicht ohne weiteres gesamtbefreiende Wirkung zuschreiben können wie bei den echten Gesamtschulden. Allerdings wird auch hier der Gläubigeranspruch an sich durch einmalige Leistung befriedigt. Von jetzt an sind aber 2 Situationen zu unterscheiden: Hat der Dieb, Brandstifter oder andere Schädiger den Schaden gutgemacht, so erlischt damit die Obligation endgültig. Auch der Versicherer wird befreit, denn der Gläubiger hat ja keinen Schaden mehr. Aber es findet weder eine gesetzliche noch eine rechtsgeschäftliche Surrogation statt. Denn der Leistende hat nur den von ihm selbst verursachten Schaden wieder gutgemacht, für den er letztlich allein einzustehen hat. Befriedigt andererseits der Versicherer den Geschädigten, so kann letzterer zwar für sich selbst nichts mehr fordern, aber sein Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger erlischt nicht endgiltig, sondern geht kraft Gesetzes auf den ihn befriedigenden Versicherer über[1]). Dieser kann vielfach nur den einen Anspruch gegen den Schädiger geltend machen, während der echte Gesamtschuldner noch den selbständigen auf Grund der inneren Verbundenheit der Obligationen bestehenden Ausgleichungsanspruch aus § 426 hat. Allerdings wird auch dem Versicherer in vielen Fällen noch ein anderer selbständiger Anspruch gegen den Schädiger zustehen, nämlich der aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dieser Anspruch ist aber äußerst prekär, denn eine Bereicherung wird nicht mehr in allen Fällen vorhanden sein, bis die Forderung geltend gemacht werden kann.

§ 423 ist so weit gefaßt, daß man ihn ohne weiteres für anwendbar auch bei den nicht alle Merkmale der echten Gesamtschuld tragenden Obligationen erklären kann. Aus ihm ist also in diesem Zusammenhang nichts zu gewinnen.

---

1) Genau so wie etwa bei der Haftung aus §§ 831 mit 840.

Die Bestimmung über die Wirkung des Gläubigerverzugs zugunsten aller dagegen erklärt die Theorie[1]) fast allgemein als nur teilweise auf die zweifelhaften Fälle anwendbar, nämlich zugunsten des Versicherers, nicht aber des Schädigers. Diese Lösung wird damit zu rechtfertigen gesucht, dass es dem Gläubiger nicht möglich sein soll, durch Annahmeverzug gegenüber dem Schädiger die Befreiung des Versicherers zu hintertreiben. Diese Lösung besticht durch den ihr anhaftenden Stempel der Billigkeit. Richtiger aber würde mir erscheinen, die Ausdehnung der Wirkung des Gläubigerverzugs bei Konkurrenz des Anspruchs gegen Schädiger und Versicherer überhaupt zu versagen. Denn diese Wirkung wurde hauptsächlich mit Rücksicht auf die zwischen mehreren Gesamtschuldnern bestehende subjektive Zweckgemeinschaft, auf die engen Beziehungen der mehreren Schuldner im Innenverhältnis gegeben. Solche Beziehungen aber bestehen zwischen dem Schädiger und dem Versicherer nicht, auch nicht auf Grund gesetzlichen Zwanges[2]).

Wenn in § 425 die dort beispielsweise aufgeführten Tatsachen schon bei den echten Gesamtschuldverhältnissen als nur für und gegen den Einzelnen wirkend erklärt sind, in dessen Person sie vorliegen, so ist dieser Grundsatz mit Bezug auf die hier zu untersuchenden Fälle natürlich in gleich strenger Weise zu übertragen.

Die Anwendbarkeit des § 426 für unseren Fall dagegen ist von Theorie und Praxis einstimmig verneint. Denn da die mehreren Personen, welche eine gegenständlich gleiche Leistung zu erbringen haben, durch keinerlei Beziehungen

---

1) S. Enneccerus, a. a. O. S. 265, Oertmann, a. a. O. S. 351.

2) Klingmüller, Dogm. Jahrb. Bd. 64, S. 63, konstruiert nämlich mit Recht zwischen auf Grund in Mittäterschaft begangenen Delikts durch gesetzliche Bestimmung Gesamtschuldner gewordenen Personen eine zwangsweise Vereinigung zu der subjektiven Zweckgemeinschaft.

untereinander verbunden sind, steht ihnen auch kein Ausgleichungsanspruch zu.

Bei diesen Betrachtungen haben sich wesentliche Unterschiede in der Behandlung der sog. echten Solidarschulden und des hier in Frage kommenden Falles erwiesen. All diese Verschiedenheiten sind letztlich zurückzuführen auf die voneinander abweichende Interessenlage, auf den Mangel der subjektiven Zweckgemeinschaft der einzelnen Obligationen. Andererseits aber bestehen Wirkungen, welche bei den von den Gesamtschuldverhältnissen gänzlich zu trennenden Obligationen nicht zu erklären wären, so die einseitige gesamtbefreiende Wirkung der Leistung des Schädigers.

Man wird sich also der heute von der herrschenden Meinung angenommenen Theorie anschließen müssen, welche durch die Identität des Leistungsgegenstandes verbundene, aber sonst untereinander beziehunglose Obligationen, bei denen eine Zweckgemeinschaft, ein gemeinsamer materieller Schuldgrund nicht besteht, als unechte Gesamtschulden bezeichnet.

Der französischen Jurisprudenz bietet das Problem des Verhältnisses von Schädiger und Versicherer zum Geschädigten ebenfalls Schwierigkeiten, die noch durch die Tatsache vergrößert werden, daß wenigstens für die assurances terrestres eine gesetzliche Surrogation des Versicherers in die Rechte des Geschädigten nicht stattfindet (anders bei der Seeversicherung, soweit kein délaissement erfolgte).

Die Frage wird hier diskutiert auf der Basis der Anwendbarkeit des Art. 1251, no. 3 und 2137 c. c., die bei Bejahung zwei Möglichkeiten zulassen: entweder eine Konstruktion der beiden in Frage kommenden Verpflichteten als Solidarschuldner oder aber als Hauptschuldner und Bürge.

Wird der Übergang der Gläubigerrechte anf den Versicherer nicht eigens stipuliert, so tritt eine Surrogation

nicht ein. Allerdings hat der Versicherer nach französischem Recht infolge der allgemeineren Fassung des Art. 1382 einen persönlichen, von dem des geschädigten Eigentümers unabhängigen Anspruch gegen den Dieb oder Brandstifter. In der Regel aber begnügt sich der Versicherer nicht mit diesem Anspruch, sondern läßt sich schon bei Abschluß des Versicherungsvertrages versprechen, daß alle Rechte des Versicherers gegen den etwaigen 3. Schädiger mit Auszahlung der Versicherungssumme auf ihn übergehen sollen[1]). Es ist jedoch bestritten und wird jetzt sowohl von der Literatur wie der Rechtsprechung überwiegend verneint[2]), daß diese Stipulation einen der Erfordernissen des c. c. genügenden vertraglichen Surrogationsanspruch begründe. Art. 1250 c. c. verlangt nämlich einmal, daß die Stipulation ausdrücklich und gleichzeitig mit der Bezahlung durch den Dritten geschehe und andererseits setzt der Wortlaut voraus, daß es sich um die Bezahlung durch eine nicht dazu verpflichtete Person handle, Die erste Meinung allein wäre an sich nicht zur Stützung der Bedenken geeignet, denn der Sinn des Gesetzes ist wohl der, daß die Übertragung nicht nach der Zahlung stattfinden soll, während man annenmen darf, daß eine vorherige Übertragung unschädlich ist. Übrigens wäre diesem Mißstand leicht dadurch

---

1) In den vorgedruckten Policen der französischen Versicherungsgesellschaften geschieht das gewöhnlich in der folgenden Form: „par le fait seul de présente police, et sans qu'il soit besoin d'aucune cession, transport, titre ou mandat, la compagnie est subrogée dans tous les droits, recours et actions de l'assuré contre toute personne garante ou responsable du sinistre à quelque titre que ce soit et même contre les assureurs, s'il y a lieu. L'assuré consent expressément à cette subrogation et il sera tenu s'il en est requis lors du payement de l'indemnité de la réitérer dans sa quittanse par acte notarié ou sous signature privée." Art. 35 § 1 der alten Police der Comp. d'Assurances Générales.

2) Duhail: L'assurance contre l'incendie, Paris 1883, p. 237 u. die dort zit. Literatur; D.P. 59,1,22.

abzuhelfen, daß die Stipulation bei Quittungserteilung erneuert würde. Der 2. Einwand aber ist stichhaltig und somit steht fest, daß es sich nicht um eine vertragliche Surrogation handeln kann. Die herrschende Lehre nun steht auf dem Standpunkt, daß es sich um eine Zession künftiger, bedingter Rechte handle[1]), die sich als Bedingung des Zustandekommens des Versicherungsvertrags darstelle. Auch diese Konstruktion ist nicht ganz unanfechtbar. An sich ist eine solche Zession auf Grund des Art. 1598 möglich; jedoch ist zweifelhaft, ob sie in dieser Form genügt, um den 3. Schädiger zu binden. Es wird nämlich eingewandt (meiner Ansicht nach mit Recht), daß zur Wirksamkeit einer solchen Zession die Form des Art. 1690 c. c., Mitteilung an den Schuldner, hier den Schädiger, nötig sei[2]). Um nun alle Weiterungen zu vermeiden, hat man sich bemüht, eine gesetzliche Surrogation zu konstruieren und zwar mittels Anwendung des Art. 1251 no. 3 c. c., wonach sie stattfindet: „au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter." In diesem Zusammenhang war die Frage zu entscheiden, ob vielleicht Solidarschuld oder Bürgschaft vorliege. Die erstere Konstruktion wird abgelehnt[3]), da es sich um 2 Obligationnn handle, welche de deux causes absolument différentes entspringen. Das französische Recht legt also neben der Identität des

---

1) Duhail: L'assurance contre l'incendie, p. 237, D.P. 59,1,22.

2) So bes. die Cour de Cass. in Sirey 75,1,211. A.A. das ältere Urteil, das die Mitteilung an den Schuldner nicht für nötig erachtet. Die Note 6 zu diesem Urteil bezeichnet diese Fassung aber ebenfalls als ungenau, denn selbst bei Unterstellung eines anderen Rechtsinstituts sei die Form des Art. 1690 nötig, da jede rechtsgeschäftliche Übertragung dieser Form bedürftig sei.

3) Ob das auch in jüngerer Zeit mit der gleichen Begründung der Fall ist, kann ich nicht angeben, da mir neue Spezialliteratur nicht zugänglich ist.

Leistungsgegenstandes den entscheidenden Wert auf den Entstehungsgrund, nicht auf die Zweckgemeinschaft.

Es wird aber auch mit vollem Recht das Vorliegen einer Bürgschaft verneint[1]) richtig ist, daß es sich sowohl bei Versicherung wie bei Bürgschaft um Garantieverträge handelt. (Denn der Versicherer soll dem Versicherten den Bestand seines Vermögens garantieren, indem er bei Verlusten gewisser Art den Versicherungsnehmer schadlos hält. Der Bürge soll dem Gläubiger des Hauptschuldners die Erfüllung der geschuldeten Leistung garantieren.) Aber gegen diese Konstruktion sprechen folgende Bedenken: Die Bürgschaft ist eine akzessorische Verpflichtung, welche vom Bürgen noch dazu meist unentgeltlich übernommen wird. Die Versicherung dagegen ist ein unabhängiger Vertrag, bei dem die Garantie gegen Prämienzahlung übernommen wird, und schon daraus ergibt sich, daß der Bürge besonders geschützt und ihm besondere Rechtsvorteile zugebilligt werden sollen, die dem ein Geschäft aus der Garantieleistung machenden Versicherer versagt bleiben sollen[2]). Aus diesen Gründen wird auch die analoge Anwendbarkeit des Art. 2027 abgelehnt, denn diese Bestimmung hat restriktiven Charakter.

Die französische Wissenschaft und Praxis begnügt sich, anders als unsere deutsche Jurisprudenz, damit, die beiden rechtlichen Subsumptionen abzulehnen, ohne eine positive Lösung vorzuschlagen. Besonders macht sie keine Versuche in der Richtung der Konstruktion einer besonderen Solidaritätsart oder einer sonstigen solidaritätsähnlichen Rechtsfigur.

Man dürfte jedoch die für das deutsche Anwendungsgebiet angestellte Betrachtung wohl im wesentlichen auf

---

1) Duhail, l. c. p. 236.

2) S. dazu Lyon — Caen, Revue Critique, 1887 l. p. 628/9; Anmerkung zu Sirey 87,1,17.

das französische Recht übertragen, da sich die Grundlagen als die gleichen darstellen.

Ganz anders das englische System. Dieses hat, um dem praktischen Bedürfnis zu genügen, allgemein die gesetzliche Surrogation des zahlenden Versicherers in die Rechte des geschädigten Versicherungsnehmers anerkannt[1)2)]. Um die rechtliche Konstruktion der mehreren auf eine und dieselbe Leistung gerichteten Obligationen aber scheint sich weder Theorie noch Praxis die mindesten Bedenken gemacht zu haben; wenigstens finden sich in der mir zugänglichen Literatur keine Spuren davon. Eine Konstruktion als joint oder joint and several liability aber dürfte m. E. abzulehnen sein. Denn bei einer joint obligation besteht eine einzige Verpflichtung, was bei der Haftung von Dieb und Versicherer nicht der Fall ist. Das geht schon daraus hervor, daß ja durch Klage gegen den Versicherer das der einen Obligation entsprechende eine Klagerecht verbraucht würde und dann dem Geschädigten kein besonderes Klagerecht mehr gegen den Schädiger zustehen würde. Ein solches aber muß bestehen, denn es findet ja nach übereinstimmender Rechtspraxis eine Surrogation des Versicherers in die Rechte des Versicherungsnehmers gegenüber dem Schädiger statt. Auch eine joint and several liability kommt nicht in Betracht. Denn die Wirkungen des Gläubigerverzugs, des Vergleichs und der Novation wären beim Anspruch gegen Dieb und Versicherer nicht zu erklären. Es gibt auch kein selbständiges Rückgriffsrecht

---

1) So Jenks, l. c. vol I, no. 692, Chitty, l. c. p. 717, Encyclopaedia, Fire insurance und die Entscheidungen: Castellan v. Preston 49 LTR. 29, West of England Fire Insurance Co. v. Isaacs, 75 LTR. 564.

2) Nach common law allerdings mußte die Versicherungsgesellschaft die Klage im Namen des Versicherten anstellen. Seit den Judicature Acts (40 Vict, c. 86, s. 5, ss. 6) kann die Gesellschaft die Klage jetzt in eigenem Namen anbringen. In gleichem Sinn auch King v. Victoria Insurance Co. 74, LTR. 206.

des Versicherers gegen den Schädiger, sondern er hat lediglich auf Grund der Surrogation das Recht, den ursprünglichen Anspruch des Versicherungsnehmers in eigenem Namen und zu eigenem Recht geltend zu machen.

§ 35. Mehrere Auftraggeber.

Die Frage der Art der Haftbarkeit mehrerer Auftraggeber kann unter dem Gesichtspunkt der Aufwendungserstattung auftauchen. Dieser Fall unterscheidet sich von der Haftung des Diebs und Versicherers gegenüber dem Geschädigten dadurch, daß hier sämtliche Verpflichtungen auf Vertrag beruhen.

Nach unserem deutschen Recht werden mehrere Auftraggeber nicht in allen Fällen zweifelsfrei gesamtschuldnerisch dazu verpflichtet sein. Vielmehr kommt es auf die Art des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags an, da echte Solidarität nur unter dem Gesichtspunkt des § 427 in Frage kommen kann. Eine gemeinschaftliche Verpflichtung wird in den Fällen anzunehmen sein, in welchen den Auftraggebern eine (meist, aber nicht notwendig in ihrer aller Interesse liegende) Leistung, die sie gemeinschaftlich bestellt haben, erbracht wird. So z. B. sind A., B., und C., die gemeinschaftlich ihren Freund X. beauftragen, ihnen zusammen ein bestimmtes Buch zu besorgen, auf Grund des § 427 solidarisch zum Ersatz der dem X. entstandenen Auslagen verpflichtet.

Ist der Mandatar nur von einem mehrerer Interessierter beauftragt worden, so kommt es darauf an, ob der Auftraggeber für sich und zugleich in offener Stellvertretung für die übrigen Interessierten das Mandat erteilt hat oder ob er nur im eigenen Namen handelte. Im ersteren Fall haften alle Beteiligten solidarisch, im letzteren ist der Mandant allein verantwortlich.

Haben dagegen die mehreren Auftraggaber unabhängig voneinander dem X. den Auftrag gegeben, eine und dieselbe

bestimmte Leistung zu erbringen, so sind ihre Verpflichtungen lediglich durch die Identität des Leistungsgegenstandes (der dem X. zu erstattenden Auslagen) verbunden, nicht dagegen durch eine subjektive Zweckgemeinschaft. Denn die mehreren Verpflichteten handeln ganz unabhängig voneinander und ohne die Absicht, daß jeder letzten Endes nur einen Teil der Kosten tragen solle. Deshalb kommt zwar die Forderung des X. durch einmalige Leistung eines der Auftraggeber auch den anderen gegenüber zum Erlöschen, aber die übrigen Wirkungen der Solidarität treten nur zum Teil ein. § 423 kann, da er ja an sich weit gefaßt ist, unbedenklich angewendet werden, § 424 dagegen fällt weg. Denn da die subjektive Zweckgemeinschaft fehlt, muß der Gläubiger sich nicht durch Rücksichtnahme auf eine solche Zweckgemeinschaft bei Ablehnung der Leistung leiten lassen, sondern er kann ohne Nachteil entscheiden, ob er von dem einen die Leistung annehmen will, von dem anderen nicht[1]). § 425 sieht an sich von der Rücksichtnahme auf die Verbindung unter den Gesamtschuldnern ab und kann auch bei der unechten Solidarität angewendet werden. Die Tatsache endlich, daß eine Ausgleichungspflicht unter den mehreren Schuldnern nicht besteht, ist ein weiteres Zeichen für das Vorliegen einer echten Gesamtschuld. Ein Regreßrecht kann eben mangels der Beziehungen der Mitverpflichteten untereinander nicht gegeben sein. Mit der Verneinung der Ausgleichungspflicht fällt auch die Surrogation des zahlenden Verpflichteten in die Rechte des Gläubigers weg. Die Forderung geht also durch Zahlung endgültig unter.

Das französische Recht kommt zu der Solidarität auf dem Wege über die Spezialbestimmung des Art. 2002 c. c. Eine solche ist nötig, da ja in Frankreich keine unserem § 427 entsprechende allgemeine Vorschrift vorhanden ist.

---

1) S. auch Klingmüller, a. a. O., S. 93.

Art. 2002 bestimmt, daß mehrere Auftraggeber dem Beauftragten dann solidarisch verpflichtet sind, wenn es sich um eine gemeinsame Angelegenheit der Mandanten handelt. Fehlt es jedoch an diesem Tatbestandsmerkmal, so steht dem Beauftragten keine solidarische Klage zu. So nicht, wenn nur einer der an dem Auftrag Interessierten den Auftrag allein erteilt und ebensowenig, wenn zwar mehrere gemeinschaftlich durch einheitlichen Akt den Auftrag erteilen, aber kein gemeinschaftliches Interesse an der Ausführung besteht. Dieser letztere Fall steht im Gegensatz zum deutschen Ergebnis. Die unter den Art. 2002 fallenden Tatbestände sind Fälle echter Solidarität, denn es kann hier mindestens immer ein durch die gesetzliche Vorschrift selbst erteilter Auftrag zur gegenseitigen Stellvertretung unterstellt werden. In den Fällen aber, in denen mehrere Personen unabhängig voneinander und ohne gegenseitige Berücksichtigung Auftrag erteilen zur Erbringung der gleichen Leistung, greifen die gleichen Erwägungen Platz wie im deutschen Recht. Über diese hinaus aber gehören der Gruppe der nicht alle Solidaritätwirkungen hervorbringenden Tatbestände die Fälle an, in denen zwar mehrere gemeinschaftlich, aber nicht in gemeinsamem Interessse Auftrag erteilen.

Ein im französischen Recht besonders viel erörterter Anwendungsfall des Art. 2002 ist folgender: ein Notar hat nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation gegen alle bei der Errichtung der Urkunde beteiligten Personen eine solidarische Klage auf Erstattung seiner Auslagen und Gebühren[1]). Gegen die hier zitierte Auffassung ist z. B. Aubry et Rau aufgetreten[2]) mit der Begründung, daß es sich beim Notar um kein eigentliches Mandat handle, denn das Wesen des Auftrags liege in der dem Mandatar erteilten Vollmacht zur Stellvertretung. Notare

1) D.P. 89, 1, 400; 90, 1, 390; 91, 1, 272.
2) A. a. O. IV, § 414, Anm., § 371 bis, § 410.

aber seien keine Parteistellvertreter, sondern lediglich Personen, welche die Beglaubigung, also Amtshandlungen vorzunehmen haben, die den Parteien nicht zustehen. Allerdings hat die Cour de Cassation einmal ausgesprochen[1]), daß das Wesen des Mandats hauptsächlich in der dem Mandatar erteilten Vollmacht zur Stellvertretung des Mandanten liege. Die Legaldefinition des Mandats (Art. 1984 c. c.) scheint diese Auffassung zunächst zu bestätigen, denn sie spricht von einem „pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom". Jedoch kann man berechtigte Zweifel hegen, ob damit zwei selbständige, notwendige Tatbestandsmerkmale aufgestellt werden sollten, oder ob nicht die Stellvertretung als bloße weitere Möglichkeit, nicht Notwendigkeit, neben dem Handeln für den Mandanten zu betrachten ist. M. E. verdient die letztere, weitere Auslegung des Begriffs den Vorzug. Auch die Cour de Cassation scheint schon nach einigen Jahren ihre frühere, oben zitierte Meinung preisgegeben zu haben[2]), allerdings ohne nähere Begründung. Auch behandelt sie in der Folgezeit Notare stets als Beauftragte der sie um Beglaubigung ersuchenden Parteien[3]). Die Wurzel des Übels ist die Vermischung von Auftrag und Vollmacht.

In der mir zugängiichen englischen Literatur konnte ich Angaben über die Art der Haftbarkeit mehrerer Auftraggeber auf Auslagenersatz nicht finden. Jedoch wird

1) D.P. 86, 1, 220.

2) DP. 89, 1, 400.

3) Bei Vorhandensein mehrerer Beauftragter kommt der Code civil zu einem anderen Ergebnis als bei Mehrheit der Auftraggeber. Der Art. 1995 bestimmt nämlich, daß mehrere Beauftragte, auch wenn das Mandat durch einheitliches Rechtsgeschäft erteilt ist, nur bei ausdrücklicher Vereinbarung solidarisch haften. Diese Anordnung entspricht der sonstigen Tendenz des französischen Rechts, die Solidarität möglichst einzuschränken, während der Art. 2002 wohl aus Billigkeitsrücksichten, um den gewöhnlich wirtschaftlich Schwächeren etwas besser zu stellen, vom Prinzip abweicht.

man folgendermaßen argumentieren dürfen: Der Geschäftsherr hat auch nach englischem Recht die Auslagen seines Beauftragten zu ersetzen. Diese Verpflichtung beruht auf einem implied contract. Geben nun mehrere Personen durch einheitlichen Akt Auftrag zur Besorgung gewisser Geschäfte, so wird man auch die stillschweigende Verpflichtung zur Übernahme des Auslagenersatzes als eine joint liability betrachten dürfen. Geben sie umgekehrt in verschiedenen Akten, aber in Hinsicht aufeinander den Auftrag, so dürfte ihre Verpflichtung zum Auslagenersatz jointly & severally sein. Gibt endlich jeder unabhängig vom anderen Auftrag zur Besorgung desselben Geschäftes, so wird eine bloße several obligation begründet.

§ 36. Mehrere Leihnehmer.

Das Problem der Haftbarkeit mehrerer Leihnehmer war nach deutschem Recht lange Zeit sehr bestritten, während jetzt wenigstens im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung eine gewisse Einheitlichkeit erreicht ist. Ein vollkommen klarer Fall der Gesamtschuld ist natürlich dann gegeben, wenn mehrere Personen einen Gegenstand durch Vertrag gemeinschaftlich zu leihen nehmen. § 427. Wie aber, wenn nur eine Person einen Leihvertrag abschließt, und dann den Gebrauch der geliehenen Sache mit oder ohne Erlaubnis des Leihgebers an einen Dritten überläßt? § 604, III B.G.B. gibt folgende Bestimmung: Überläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann der Verleiher sie nach Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückfordern. Eine analoge Bestimmung trifft das B.G.B. bei der Miete in § 556, III. Die rechtliche Konstruktion des Anspruches des Verleihers gegen den Dritten macht erhebliche Schwierigkeiten und wurde von einer Reihe von Schriftstellern mit widersprechenden Ergebnissen versucht[1])[2]).

1) Mietrecht, S. 109, von Fuld.

2) Brückner, die Miete, S. 79, Anm. 5.

Heute wird von vielen die vertragsmäßige, gesamtschuldnerische Natur des gegen den Dritten gerichteten Anspruchs anerkannnt. Manche, z. B. Mittelstein [1]), lassen es bei dieser Feststellung bewenden und weisen zur Stützung der Ansicht, daß Gesamtschuld vorliege, lediglich noch auf die Fassung der §§ 556, III und 604, III hin. Andere unterstellen eine gesetzliche Zession des Anspruchs des Mieters gegen den Dritten, resp. Untermieter auf den Verleiher und Vermieter. Aber Oertmann [2]) wendet dagegen mit Recht ein, daß eine cessio legis erst dann stattfinden könne, wenn die Untermiete, bezw. die Gebrauchsüberlassung an den Dritten beendet sei, dagegen nicht, wenn diese noch weitergehe. Das Recht des Verleihers oder Vermieters, die Sache vom Drittten zu fordern, besteht unabhängig vom Ablauf seines Vertrages mit dem Mieter oder Entleiher.

Nach Oertmann [3]) findet eine gesetzliche kumulative Schuldübernahme statt. Der Untermieter oder Entleiher übernimmt auf Grund Gesetzes die Verpflichtung der Rückgabe des geliehenen oder gemieteten Gegenstandes an den Verleiher bezw. Vermieter, wobei die Tatsache nicht entgegenstehe, daß die Schuldübernahme sich nur auf diese eine Verpflichtung bezieht. Trotzdem scheint mir beachtlich, daß alle übrigen Fälle kumulativer Schuldübernahme kraft Gesetzes sich auf ganze Vermögensmasse beziehen. (Übernahme eines ganzen Vermögens, § 419 B.G.B. Übernahme einer Handelsfirma, § 25 H.G.B.) Nie dagegen sieht das Gesetz eine sich nur auf einzelne Gegenstände beziehende kumulative Schuldübernahme vor.

Befriedigender als eine Erklärung mit Analogie zu § 419 B.G.B. ist die Konstruktion als Anwendungsfall des § 431. Denn die Verpflichtung zur Rückgabe einer ge-

1) Miete, 3. Aufl. S. 588.
2) Das Bürgerliche Gesetzbuch, Anm. zu §§ 556, III u. 604, II.
3) Kommentar zum B.G.B., Anm. zu §§ 556, III, 604, III.

liehenen Sache ist unteilbar, auch wenn die Sache selbst teilbar ist. Der § 694, III nun ordnet eine direkte Rückgabepflicht nicht nur des eigentlichen Entleihers, sondern auch des durch ihn in den unmittelbaren Besitz gelangten Dritten gegenüber dem Schuldner an. Also schulden hier mehrere Personen eine unteilbare Leistung und sind deshalb gesamtschuldnerisch verpflichtet[1])

Das französische Recht kennt solidarische Haftbarkeit nur dann, wenn die Sache gemeinschaftlich entliehen wurde; so Art. 1887 c. c. Wurde der Gebrauch dagegen vom Entleiher einem Dritten überlassen, so haftet einmal der Entleiher gegenüber dem Verleiher und anderseits hat letzterer, wenn er Eigehtümer der verliehenen Sache ist, einen Vindikationsanspruch gegen den Dritten. Dagegen kennt das französische Recht einen direkten schuldrechtlichen Anspruch gegen den Drittten aus der Leihe nicht. Baudry-Lacantinerie[2]) betont ausdrücklich, daß der Rückforderungsanspruch aus der Leihe nur gegen den Entleiher und seine Erben geht.

Bei mehreren Leihnehmern, welche sich gemeinschaftlich durch Vertrag zur Rückgabe der Sache verpflichten, wird nach englischem Recht die Frage, ob sie jointly oder jointly and severally haften, nur nach dem Vertrag entschieden.

Handelt es sich dagegen um die Haftung eines Dritten, der nicht direkt vom ursprünglichen Verleiher, sondern erst von dessen Entleiher die Sache ausgeborgt hat, so dürfte anders als im deutschen Recht zu entscheiden sein. Die Lehrbücher und Entscheidungen betonen nämlich stets und allein den auch bei uns gültigen Satz, daß ein Entleiher im Zweifel nicht zur Weiterverleihung berechtigt und bei Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften dem Verleiher für jeden ihm daraus entstehenden Schaden

1) S. Warneyer, Kommentar, z. B.G.B., Bem. zu § 556, III, ferner Enneccerus, a. a. O. Bd. II, S. 411, u. a.

2) A. a. O., Bd. 23, no. 661.

haftbar sein soll[1].) Sie erwähnen aber nie einen direkten Anspruch des Verleihers gegen den die Sache unbefugt gebrauchenden Dritten, der dem in unserem § 604 gegebenen Recht vergleichbar wäre.

§ 37. Mehrere Wechselverpflichtete.

Für das deutsche Recht stellt Art. 81 WO. das Prinzip auf, daß der Wechselgläubiger wahlweise von irgend einem der Wechselverpflichteten die Erfüllung der Wechselschuld und aller sonstigen aus der Wechselverbindlichkeit hervorgehenden Ansprüche (Zinsen, Spesen usw.) fordern könne, wenn der Wechsel nicht eingelöst wird. Das weist zunächst, obwohl das Gesetz den Ausdruck Solidarität vermeidet, auf eine gesamtschuldnerische Verpflichtnng hin. Haben wir es aber mit wirklicher Solidarität zu tun oder besteht auch hier nur eine nicht alle Merkmale der Gesamtschuld aufweisende Verbundenheit mehrerer Obligationen? Die Untersuchung der Wirkungen wird am besten zum Ziel führen. Zunächst wirkt schon die Erfüllung durch einen Wechselverpflichteten nicht immer gesamtbefreiend, sondern es kommt auf die Person des die Verpflichtung Einlösenden an. Löst der Akzeptant den Wechsel ein, so erlöschen damit auch alle übrigen Wechselverpflichtungen. Denn Voraussetzung für deren Bestehen ist ja die Nichterfüllung der Hauptobligation[2]). Zahlt dagegen ein Regreßschuldner, z. B. der xte Indossant so werden die übrigen Schuldner nicht befreit, sondern es wird angenommen, daß der Zahlende nur seine eigene Verbindlichkeit abdecken wolle, um ein Recht auf Behändigung des Wechsels zu erhalten und damit seine durch die Zahlung wiederauflebenden Wechselrechte gegenüber seinen Vorgängern geltend machen zu können[3]).

1) S. Jenks, a. a. O., Bd, I, S. 199/200 und die dort angeführten mir nicht zugänglichen Urteile.

2) R.O.H.G. 8, 389; 12, 247; R.G. 9, 64; Recht 1912 no. 983.

3) R.O.H.G. 9, 42; 16, 216; R.G. 9, 64.

Eine Surrogation in den Anspruch des befriedigten Gläubigers dagegen findet nicht statt[1]). In gleicher Weise wie die Wirkung der Erfüllung wird nach herrschender Meinung[2]) auch die des Gläubigerverzugs behandelt. Die Tatsachen der §§ 423, 425 B.G.B. bringen die gleichen Wirkungen hervor wie bei echter Solidarsschuld.

Staub[3]) charakterisiert die Wechselschuld als unechte Gesamtschuld und begründet diese Einreihung mit der Haftbarkeit der einzelnen Schuldner aus verschiedenen Rechtsgründen. In der Lösung mit dem genannten Autor übereinstimmend, komme ich zu einer anderen Begründung. Denn ein gemeinsamer Rechsgrund für die Haftbarkeit der mehreren Personen ist zwar meist, aber nicht immer bei echten Gesamtschuldverhältnissen vorhanden. Er ist z. B. nicht da in dem bei Enneccerus[4]) angeführten Fall, daß der Gehilfe des Vertragsschuldners bei der Erfüllung ein Delikt begeht. Bei den mehreren Wechselverpflichteten fehlt es dagegen an einem anderen Erfordernis: der subjektiven Zweckgemeinschaft. Denn die Einzelnen erbringen ja ihre Leistungen nur zum Teil zwecks Tilgung der Schuld als solcher, die anderen aber lediglich um ihre eigene Verpflichtung zu erfüllen. Eine innere Verbundenheit der einzelnen Obligationen durch ihren Zweck ist also nicht vorhanden.

Der Fall der mehreren Wechselverpflichteten ist der einzige, in welchem im deutschen Recht durch gesetzliche Bestimmung unechte Solidarität angeordnet ist.

Nach französischem Recht haften mehrere Schuldner eines Wechsels oder sonstigen Orderpapiers solidarisch gegenüber dem Wechselinhaber gemäß Art. 140, 187 c. com. Es war längere Zeit bestritten, ob hier das Gesetz selbst,

1) R.O.H.G. 2, 122; 9, 42; R.G. 83, 55; 48, 152; Recht, 1912, no. 2115.
2) S. Staub, Kommentar zur WO. 1922, Anm. 6 zu Art. 81.
3) A. a. O, Anm. 1 zu Art. 49.
4) A. a. O. Bd. I, 2, S. 264, Anm. 10.

im Gegensatz zu seiner sonstigen Gewohnheit, einen Fall unechter Solidarität konstituierte, oder ob auch mehrere Wechselverpflichtete echte Solidarschuldner sind. Ausgangspunkt für die Streitfrage war die Tatsache, daß die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Indossanten nur gegen diesen selbt, nicht gegen die anderen Wechselverpflichteten wirkt. Die eine Theorie[1]) erklärt diese Tatsache als eine Konsequenz des Art. 165 c. com. Wenn diese Vorschrift es verhindert, daß eine Klage gegen einen Mitschuldner auch gegenüber den anderen Verpflichteten wirkt, will sie auch die Unterbrechung der Verjährung auf denjenigen beschränken, gegen den sie vorliegt. Wirkt aber die Unterbrechung der Verjährung nicht für alle, so handelt es sich nicht um einen Fall echter Solidarität, sondern um solidarité imparfaite[2]). Andere führen die Abweichung vom Art. 1206 auf Art. 189 c. com. zurück[3]). Den Vorzug verdient die erstere Meinung, die jetzt auch bei weitem die herrschende ist.

Der Wechselregreß regelt sich wie bei uns.

Auch im französischen Recht ist Art. 140 c. com. der einzige Fall, in dem das Gesetz selbst unechte Solidarität anordnet.

Auch nach englischem Recht ergibt sich für die mehreren Wechselverpflichteten eine bloße several liability aus s. 54 und 55 der Bills of Exchange Act von 1882 und ferner indirekt aus Order XVI, r. 4 und 6 der R.S.C.[4]).

Der Regreß zwischen den Verpflichteten ist geregelt wie bei uns. Der Indossant kann von dem früheren Indossanten, dem Akzeptanten und Aussteller, der Akzeptant

---

1) Lyon-Caen-Renault, a. a. O. Bd. IV, no. 520.

2) Planiol, a. a. O. Bd. II, no. 779. D. P. 93, 2, 313; Anm. von Boistel zu D. P. 74, 2, 121; Boistel, Cours de droit commercial 3 éd. no. 851.

3) D. P. 74, 2, 121.

4) S. dazu auch Duncan Fox & Co. v. N. & S. Wales Bank, 43 L.T.R. 706.

vom Aussteller die Wechselsumme samt Zinsen und Spesen ersetzt verlangen.[1])

§ 38. Die Bürgschaft.

Nach altem römischem Recht fehlten gerade die beiden heute für dieses Rechtsinstitut charakteristischen Merkmale: die Akzessorietät der Verbindlichkeit und die Einrede der Vorausklage. Während zuerst überhaupt nur der Bürge allein haftete, verpflichtete sich etwas später der Hauptschuldner selbst als sponsor und mit ihm in korrealer sponsio der Bürge. In der republikanischen Zeit dagegen verpflichtete sich der Sponsionsbürge bereits nicht mehr als correus mit dem Hauptschuldner, sondern als bloßer Nebenschuldner. Für die Peregrinen wurde die fidepromissio mit der gleichen Wirkung ausgebildet. Bei der im corpus juris allein verbliebenen Form der fidejussio ging die Haftung auch weiterhin auf das Ganze, während die 1. Furia de sponsu für die beiden erstgenannten Arten die Teilbarkeit nach Köpfen vorschrieb. Für die fidejussio gab erst Justinian in Novelle 4 das einredeweise geltend zu machende beneficium excussionis.

Heute ist der gewöhnliche Bürge im Sinn der §§ 765 ff. BGB. stets nur in 2. Linie verpflichtet. Ihm steht das beneficium excussionis zu und damit ist jede Solidarität ausgeschlossen. Somit ist im Rahmen dieser Betrachtungen nur die Natur der Verpflichtungen bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft zu untersuchen.

In Deutschland herrschte nicht nur in der Zeit des Gemeinen Rechts, sondern auch noch heute Zweifel darüber, ob es sich bei selbstschuldnerischer Bürgschaft um einen Fall echter Solidarität handle oder ob ein lediglich solidaritätsähnliches Verhältnis vorliege. Während vor 1900 von der Mehrzahl der Rechtslehrer Hauptschuldner und selbstschuldnerischer Bürge als Gesamtschuldner an-

1) Chitty, a. a. O. S. 584.

gesehen wurden[1]), hat das Reichsgericht sich bereits in einer Entscheidung Bd. 34, S. 156[2]) dahin ausgesprochen, daß es es sich mindestens um eine durch die streng akzessorische Natur der Bürgschaft wesentlich modifizierte Korrealität handle, durch die besonders auch die Anwendung der §§ 767, 768, 770 BGB. nicht ausgeschlossen sei. Seit dem Inkrafttreten des BGB. steht die Mehrzahl der Autoren auf dem Standpunkt, daß Hauptschuldner und selbstschuldnerischer Bürge nicht Gesamtschuldner im Sinn der §§ 421 ff. BGB. sind. Diese m. E. richtige Ansicht wird meist begründet mit der Akzessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit, die auch bei selbstschuldnerischer Bürgschaft keineswegs verloren geht[3]). Schon die Materialien zum BGB. sprechen sich in diesem Sinn aus[4]). Der Bürge will ja durch Verzicht auf die Einrede der Vorausklage dem Gläubiger nur ermöglichen. ihn in erster Linie in Anspruch zu nehmen, nicht aber will er damit auf alle natürlichen, aus dem Wesen der Bürgschaft als eines Sicherungsvertrages zugunsten eines Dritten hervorgehenden Rechtsvorteile verzichten. Insbesondere will der Bürge sich nicht des Rechts begeben, die dem Hauptschuldner gegen den Anspruch persönlich zustehenden Einreden (der arglistigen Täuschung, Drohung usw.) gegenüber dem Gläubiger geltend machen zu dürfen. Für eine eigentliche Solidarverpflichtung aber ist gerade das Gegenteil charakteristisch. Die einzelnen Verpflichtungen stehen dort vollkommen gleichwertig (wenigstens rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich nebeneinander. Die rechtlich wichtigere, weil ausschlaggebende, ist die des Hauptschuldners, während die vielleicht wirtschaftlich wertvollere Bürgschafts-

1) S. Winscheid—Kipp: Lehrbuch der Pandektenrechte, 8 Aufl., II, § 476. Dagegen Dernburg, Pandekten Bd. II, S. 78.

2) In ungefähr gleichem Sinn ROHG. 20,47.

3) OLG. Dresden, abgekürzt im Recht 1903, S. 153.

4) II, S. 374.

verpflichtung nur als ein je nach der Hauptschuld variierendes Anhängsel minderer Wandlungsfähigkeit sich darstellt.

In der französischen Literatur finden sich die gleichen Bedenken wie bei uns und auch dort ist der lange Streit um die solidarische oder bloß solidaritätsähnliche Natur der Verpflichtung noch nicht ausgetragen. Pothier[1]) lehrte, daß die Verpflichtung des selbstschuldnerischen Bürgen keine solidarische, sondern bloß eine solidaritätsähnliche sei. Die chambre des requêtes der Cour de Cassation dagegen erklärte 1882[2]) den Bürgen als gewöhnlichen Solidaritätsschuldner. Im gegenteiligen Sinn hat sich aber schon 1866[3]) die chambre civile ausgesprochen und diese Meinung hat heute wie bei uns, so auch in Frankreich das Übergewicht[4]).

Das englische, weniger beeinflußt vom römischen Recht, aus dem die in den kontinentalen Systemen entstandenen Zweifel hergeleitet sind, macht sich in seiner Kasuistik nicht viel Bedenken über die rechtliche Konstruktion und systematische Einordnung der Bürgschaftsverpflichtung. Es betrachtet als Regelfall die selbstschuldnerische Bürgschaft, während die Einrede der Vorausklage eigens vereinbart werden muß[5]). Allerdings wird die Verantwortlichkeit des Bürgen nicht als eine von Anfang an primäre, sondern als zunächst subsidiäre und erst im Augenblick der Fälligkeit und Nichtzahlung durch den Hauptschuldner sich ipso jure in eine primäre Haftung verwandelnd aufgefaßt.

---

1) A. a. O. no. 275.

2) DP, 82,1,441.

3) DP. 66,1,323.

4) S. DP. 1902,1,419 mit Anm. von Levillains; s. auch Anm. von Aubry zu DP. 82,1,441, die bes. hervorhebt, daß die Solidarobligation «essentiellement principale» ist. Im gegenteiligen Sinn zuerst Marcadé: Explication théor. et prat. eu Code civil no. 615; Demolombe, a. a. O. III, 437, Laurent, a. a. O., Bd. 17, no. 363.

5) Siehe Jenks, a. a. O. Bd. I, no. 663.

Auch das englische Recht betont die Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung. Es führt sie aber nicht streng durch wie unser BGB. So gibt es z. B. dem Bürgen nicht alle Einreden des Hauptschuldners[1]). Also fällt ein Argument, das bei uns hauptsächlich dazu benützt wird, eine Konstruktion als solidarische Verpflichtung abzulehnen, dort weg. Nach Gerichtsgebrauch wird die Verpflichtung des Bürgen streng nach dem zwischen ihm und dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag beurteilt[2]), also wohl auch in Hinsicht auf die Art der Verpflichtung. Zunächst also wird sich die Frage, ob die Obligation eine solidarische ist oder nicht, rein nach dem Vertrag beurteilen. Denn da die Akzessorietät im englischen Recht nicht so betont wird wie bei uns, scheint mir eine solidarische Verpflichtung dort nicht ausgeschlossen. Sind aber keine ausdrücklich auf Solidarität hinweisenden Stellen in der Verpflichtungserklärung enthalten, so scheint stets several obligation angenommen zu werden, wie aus dem Fall Duncan Fox & Co. v. N. & S. Wales Bank[3]) hervorgeht.

1) Siehe Bouvier, Law Dictionary, Bd. III, Suretyship, S. 3199, Spalte 2.

2) Bouvier, a. a. O. S. 3199, Spalte 1.

3) 43 LTR. 706.

III. Teil.

Zusammenfassung und Ergebnis.

§ 39. Der heutige Zustand in Deutscland.

Unter den Fällen, in denen mehrere Schuldner gegenüberstehen, begegnen wir im deutschen Recht am häufigsten die solidarische Verpflichtung der Mitschuldner. Nicht nur das B.G.B. und die älteren Zivilgesetze bevorzugen die Rechtsfigur der Gesamtschuld, sondern auch die neueren Kodifikationen wie das Kraftfahrzeuggesetz u. a. m. statuieren Fälle von Solidarität. Die beiden anderen bei Schuldnermehrheit bestehenden Möglichkeiten, die Bruchteilsgemeinschaft und besonders das Gesamthandsverhältnis kommen nur in ganz wenigen Fällen vor.

Der wirtshaftliche Grund für das Vorherschen des den Gegenstand dieser Untersuchung bildenden Prinzips dürfte meist der nämliche sein, gleichviel, ob die Solidarität auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruht. Beim Zustandekommen der Solidarität auf Grund gemeinschaftlichen Vertrags gemäß § 427 tritt der Zweck besonders deutlich zutage: die Sicherstellung des Gläubigers. In den Fällen der vertraglichen Solidarität spielt anderseits noch ein weiterer Gesichtspunkt herein: die Ermöglichung der Krediterweiterung und Beschaffung für einen der Mitschuldner durch die gleichmäßige Verpflichtung aller auf das Ganze und die dadurch bewirkte Sicherung des Vertragsgegners. Das Gesetz selbst kennt, wie wir gesehen haben, nur eine Art von Solidarität mit einer einzigen Ausnahme, bei welcher es allerdings nicht den Ausdruck Gesamtschnld gebraucht, bei den mehreren Wechselverpflichteten. In allen anderen Fällen aber erzeugt die auf dem Gesetz beruhende Solidarität sämtliche Wirkungen der §§ 423—426 und die einzelnen Verpflichtungen sind außer durch die Identiät des Leistungsgegenstandes durch eine subjektive Zweckgemeinschaft verbunden.

Daß aber die trotzdem von der modernen Wissenschaft und Praxis gemachte Unterscheidung zwischen „echter“ und „unechter Solidarität“ nicht nur berechtigt, sondern infolge der großen Anzahl der vorkommenden Fälle sogar notwendig erscheint, wurde im Laufe der Untersuchung gezeigt. Allerdings finde ich den Ausdruck echte und unechte Solidarität nicht glücklich, sondern es würde mir etwa die Bezeichnung des französischen Rechtes: „vollkommene“ und „unvollkommene Gesamtschuld“, als das Wesen der Sache besser charakterisierend, mehr zusagen. Schließlich aber kommt es nicht auf die Terminologie, sondern auf die klare scharfe Unterscheidung als solche an.

Zusammenfassend sollen nochmals die den beiden Arten von Solidarität eigenen Merkmale kurz dargelegt werden. Bei der echten Solidarität haben wir es auf Schuldnerseite mit einer Mehrheit von Obligationen[1]) zu tun, welche alle einen gemeinsamen Richtpunkt haben: die Identität des Leistungsgegenstandes[2]). Der Gläubiger kann von jedem der mehreren Verpflichteten die Erfüllung der ganzen Schuld verlangen; durch einmalige Befriedigung aber geht sein Forderungsrecht auf den befriedigenden Schuldner über, soweit diesem gegenüber seinen Mitschuldnern eine Regreßrecht zusteht. Neben der einen Gemeinsamkeit des Leistungsgegenstandes besteht aber zwischen den einzelnen Verpflichtungen noch ein weiteres Band, eine Gemeinschaft, die in der Erfüllung eines allen

1) Daß auch heute noch einzelne Schriftsteller, wie z. B. R. Schott, Zession von Korrealobligationen, S. 16, an der Einheitstheorie festhält, ist durchaus unberechtigt, da das Vorhandensein mehrerer Verpflichtungen schon aus der Möglichkeit verschiedener Modalitäten für die Obligationen der einzelnen Beteiligten, besonders aber aus der deutlichen Betonung in § 425 hervorgeht.

2) Nicht die Leistungspflicht und nicht der Leistungsinhalt ist identisch, wie vielfach behauptet wurde, denn es bestehen ja mehrere Obligationen, deren jede eine besondere Leistungspflicht begründet, die von der anderen inhaltlich verschieden sein kann.

Beteiligten gesetzten rechtlich erheblichen Zwecks gipfelt. Am richtigsten erscheint es mir, mit Klingmüller[1]) von einer zwischen den Mitschuldner bestehenden subjektiven Zweckgemeinschaft zu reden[2]) in den Fällen, in welchen sich die Mitschuldner nicht kennen und ihre Verpflichtungen nicht in Hinsicht aufeinander eingehen, sondern auf Grund Gesetzes unmittelbar Gesamtschuldner werden, wird jetzt allgemein und wohl mit Recht eine im Augenblick des Eintritts der gesamtschuldnerischen Verpflichtung durch das Gesetz zwangsmäßig auferlegte Zweckgemeinschaft unterstelllt.

Die sogenannte „unechte Solidarität" weist alle diese Eigenschaften ebenso auf, mit Ausnahme der subjektiven Zweckgemeinschaft zwischen den Einzelnen. Die verschiedenen Obligationen stehen einander ja von Anfang absichts- und beziehungslos gegenüber, die Beteiligten werden sich in den meisten Fällen gar nicht kennen; der Zweck der Erfüllung der Verpflichtung ist für jeden ein durchaus verschiedener[3]).

§ 40. Die gegenwärtige Rechtslage in Frankreich.

In Frankreich läuft, wie wir gesehen haben, die Tendenz der Gesetzgebung und die der Praxis in Bezug auf die Anwendung von Solidarität einander zuwider. Das Gesetz sucht die Solidarität möglichst einzuschränken und erreicht das einmal dadurch, daß keine unserem § 427 gleichkommende Vorschrift besteht. Darüber hinaus aber will es die Fälle von Solidarität durch die ominöse Bestimmung

1) A. a. O. S. 63.

2) Enneccerus bezeichnet diese Verbundenheit bloß als Zweckgemeinschaft, Crome spricht von einer Rechtsgemeinschaft.

3) Bei Beginn dieser Arbeit erschien mir die Unterscheidung von echter und unechter Solidarität, wenigstens in ihrer heutigen Gestaltung u. Abgrenzung, nicht gerechtfertigt. Diese Zweifel sind im Laufe der Untersuchung zugunsten der heute herrschenden Meinung gelöst worden.

des Art. 1202 c. c. reduzieren. Die Praxis dagegen bemüht sich, in einer beträchlichen Anzahl von Fällen solidarische Verpflichtungen zu konstruieren, die nach der strengen Tendenz des Gesetzes nicht als Gesamtschuldverhältnisse aufzufassen wären. Die Wissenschaft verschließt sich nicht den Erwägungen über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der häufigen Anwendung der Solidarität, glaubt aber beim heutigen Stand der Gesetzgebung die davon abweichende Rechtsprechung nicht billigen zu können.

Die ganze Solidaritätslehre wird in Frankreich bestimmt durch die Theorie vom mandat tacite und der représentation mutuelle der mehreren passiv Beteiligten. Zwar wird auch in Frankreich die Mehrbeit der Obligationen bei Identität des Leistungsgegenstandes anerkannt, und durch das Schlagwort unité d'objet, pluralité des liens ausgedrückt. Aber durch die eben erwähnte Theorie, die von der Rechtsprechung seit dem Anfang des vorigen Jahrhunderts bis auf die Spitze getrieben wird, erscheinen die einzelnen Verpflichtungen besonders eng verbunden und nehmen weitgehendsten Einfluß aufeinander. Einen der französischen Lehre nahekommenden Standpunkt vertritt in Deutschland Müller-Erzbach[1]). Er hebt besonders hervor, daß das Gesetz in zahlreichen Fällen, in welchen mehrere Personen gleichgerichtete Interessen vertreten, den einen der Interessenten dazu ermächtigt, seine Genossen in der Wahrnehmung dieser Interessen zu vertreten; dadurch entstehe eine Verschmelzungswirkung, welche als regelmäßige Folge dieser Interessenlage anzusehen sei.

Die Verpflichtung eines jeden Mitschuldners auf das Ganze und die Befreiung aller durch einmalige Leistung wird, als das Wesen des ganzen Schuldverhältnisses ausdrückend, als effet principal de la solidarité bezeichnet und in Gegensatz gestellt zu den anderen Wirkungen, die in

1) a. a. O. S. 135; derselbe; Gefährdungshaftung und Gefahrtragung im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 116, S. 309ff.

den Begriff der sogenannten effets secondaires zusammengefaßt werden. An die Leistung durch einen Mitschuldner ist wie bei uns der Übergang des gläubigerischen Forderungsrechtes auf den ihn befriedigenden Mitschuldner geknüpft, soweit diesem ein Regreßrecht zusteht gegenüber seinen Mitverpflichteten.

Das französische Gesetz kennt nur eine Art von Solidarität mit der einen Ausnahme der Wechselverpflichteten. Diese eine Art ist gleichmäßig auf Gesamtschuldverhältnisse anzuwenden, die durch Rechtsgeschäft und Gesetz entstanden.

Auch die Wissenschaft und Praxis machten bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts keine Versuche, eine Unterscheidung verschiedener Arten von Solidarität zu treffen. Erst seit den 50er Jahren tauchen Bestrebungen auf — wohl als Reaktion gegen die allzu straffe Anwendung der Lehre vom mandat tacite — neben die gesetzliche solidarité parfaite eine weitere Art zu stellen, bei welcher die effets secondaires wegfallen und die deshalb als solidarité imparfaite bezeichnet wurde. Die Abgrenzung wurde, wie oben erwähnt, in verschiedener Weise versucht, jedoch hatten all diese Theorien keinen dauernden Erfolg, sondern wurden zunächst in der Praxis abgelehnt und werden heute auch in der Wissenschaft nur mehr vereinzelt vertreten. Zur Zeit darf als von der Wissenschaft allgemein anerkannt nur mehr eine Art von Solidarität bezeichnet werden: die durch das Gesetz selbst aufgestellte.

In allen zweifelhaften Fällen sucht man sich mit praktisch ähnliche Wirkungen erzeugenden Konstruktionen wie Bürgschaft usw. zu helfen, freilich nicht ohne auch hier auf heftigen und berechtigten Widerstand zu stoßen.

§ 41. Die englische Stellungnahme.

Gesetzlich geregelt sind in England nur einige wenige Fälle von Solidarität, so in der Partnership Act, der Mercantile Law Amendment Act und einigen anderen.

Die englische Rechtsprechung aber hat von jeher drei Arten von Solidarität unterschieden: joint, joint & several und several liability.

Diese Dreiteilung ist im wesentlichen auf die Tatsache zurückzuführen, daß unterstellten einzigen Verpflichtung der Mitschuldner ein einziges Klagerecht entspricht. Wird auch nur gegen einen Mitschuldner geklagt, so ist dieses Klagerecht konsumiert und die Erzwingbarkeit der Forderung gegen die übrigen Schuldner dadurch erloschen. Praktisch kommt diese Regelung darauf hinaus, daß man, um seiner Rechte nicht verlustig zu gehen, gegen alle joint debtors klagen und ein Urteil herbeiführen muß. Ist das geschehen, so ist Vollstreckung gegen jeden Einzelnen zulässig und hindert nicht, im Falle der Nichtbefriedigung durch den ersten gegen die anderen Mitschuldner vorzugehen.

Läßt man diese Besonderheiten außer acht, so werden im übrigen joint und joint & several debtors gleich behandelt. Zahlung befreit alle, ein mit einem Mitschuldner vereinbarter Erlaß wirkt im Zweifel auch zugunsten der anderen (wenn die Rechte nicht eigens vorbehalten sind). Der Ausfall durch Insolvenz eines Mitschuldners ist von den anderen anteilsmäßig zu tragen; es besteht prinzipiell ein Regreßrecht des zahlenden Mitschuldners.

Nicht so bei bloßer several liability. Hier geht zwar die Forderung des Gläubigers durch einmalige Befriedigung ebenfalls entweder unter oder, soweit die Grundlage für eine Surrogation vorhanden ist, auf den Leistenden über. Die anderen oben aufgezählten Wirkungen bleiben jedoch aus, denn die einzelnen Verbindlichkeiten sind ja ohne Rücksicht aufeinander eingegangen und stehen einander vollkommen unabhängig gegenüber. Ob die several obligation infolge mehrerer getrennt voneinander gegebener Schuldversprechungen entstanden oder ob eine von ihnen auf Vertrag, die andere auf Begehung einer unerlaubten Handlung beruht, ist gleichgültig.

In England werden also schon stets zwei Artengruppen von Solidariät unn zwar eine alle gewöhnlichen Wirkungen hervorbringende und eine nur einen kleinen Teil dieser Wirkungen auslösende Form unterschieden. Eine darauf anspielende Bezeichnung kennt das englische Recht nicht, sondern es nimmt die Terminologie aus der Tatsache der engeren oder weniger engen Verbundenheit der einzelnen Obligationen. Trotzdem aber darf man wohl die joint und joint and several liability mit unserer echten Solidarität auf eine Linie stellen und anderseits severally haftende Personen als nur einer unechten gesamtschuldnerischen Verpflichtung unterliegend ansprechen. Der Unterabteilung der echten Solidarität in joint und joint and several liability ist systematisch kein Wert beizumessen, da sie nur auf der Theorie von der Einheit der Obligation beruht.

Die englische Rechtsprechung scheint der Annahme solidarischer Verpflichtungen geneigt zu sein. In einer großen Anzahl von Fällen wird stets Solidarität angenommen und in anderen, in welchen es auf die Parteivereinbarungen ankommt, herrschen jetzt, wie wir gesehen haben, viel weniger strenge Auslegungsregeln als früher und es wird, wenn es nur aus dem Vertragsganzen als gewollt und zweckmäßig hervorgeht, eine gesamtschuldnerische Verpflichtung angenommen.

§ 42. Vergleich der drei Systeme und Nutzbarmachung des Ergebnisses.

An Hand der vorliegenden Untersuchug fällt die wenigstens praktisch in allen drei Rechtskreisen zu verzeichnende Tendenz der Begünstigung der Solidarität und der Vermehrung ihrer Anwendungsfälle besonders auf, obwohl in Frankreich das Gesetz die Solidarität möglichst eng zu fassen und ihre Anwendung einzuschränken bestrebt ist. Diese Entwicklung hängt zusammen mit dem doppelten der Solidarität anhaftenden wirtschaftlichen Vorteil: einer-

seits mit der gerade heutzutage dringend nötigen Sicherstellung des Gläubigers, andererseits mit der für den Schuldner gegebenen Möglichkeit, durch Mitverhaftung Dritter, besonders Familienangehöriger, seinen Kredit zu erweitern. Dieser letztere Grund spielt zweifellos in den unteren Volksschichten eine besonders wichtige Rolle. Denn der Verdienst der einzigen vertragschließenden Person ist in der Regel nicht groß genug, um den Gläubiger, soweit nicht bar bezahlt wird, bei Lieferungen für die ganze Familie sicherzustellen. Die Folge wird die Einschränkung des Kredits auf ein Minimum sein. Haften dem Gläubiger dagegen sämtliche bereits selbständig verdienende Familienmitglieder, so wird auch er die Höhe des Kredits der größeren Leistungsfähigkeit anpassen. Gerade in diesen Fällen wird, wie oben gezeigt, in Frankreich mit allen Mitteln versucht, eine Solidarhaftung zu konstruieren unter Umgehung der gesetzlichen Vorschriften. In Deutschland ist hier die Konstruktion einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung leicht: denn wenn der Vertragschließende einmal für sich selbst und dann als Beauftragter oder negotiorum gestor in offener Stellvertretung für die anderen Familienmitglieder auftritt, werden alle nach § 427 haftbar.

In England ist nach allgemeinen Regeln die gleiche Unterstellung möglich, die zu einer joint liability führt. Diesem Bedürfnis nun haben die modernen Kodifikationen durch Aufstellung allgemeiner Regeln gleich unserem § 427 Rechnung getragen; in England wurde sie durch die weniger strenge Auslegung der Vereinbarung solidarischer Haftbarkeit berücksichtigt.

Daß der Code Civil einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, ist aus dem Geist seiner Entstehungszeit zu erklären. Denn damals war weder die Gläubiger- noch die Schuldnernot so stark ausgepägt wie jetzt. Trotzdem ist der Versuch der Judikatur unter Umgehung des Gesetzes eine unseren heutigen Verhältnissen angepaßte Lösung zu

schaffen, nicht zu billigen. Denn einmal wird dadurch die Rechtssicherheit nicht erhöht und andererseits hindert gerade die Umgehung des Gesetzes durch die Judikatur die notwendige Abänderung gesetzlicher Vorschriften.

Der auffallendste Unterschied zwischen dem deutschen und englischen Recht einerseits und dem französischen System andererseits liegt in den Vorschriften über die Wirkungen von Handlungen eines Mitschuldners und andere nicht nur in der Person eines Verpflichteten vorliegenden Tatsachen auf die Beziehungen der anderen zum Gläubiger. Das deutsche und englische Recht weist hier eine möglichste Verselbständigung in der Behandlung der einzelnen Obligationen auf und beschränkt demgemäß fast alle sogenannten effets secondaires auf denjenigen, in dessen Verpflichtung allein sie vorliegen. Der Franzose dagegen betont mit seiner Lehre vom mandat tacite und der représentation mutuelle die besonders enge Verbundenheit der einzelnen Obligationen und ihre gegenseitig größtmögliche Beeinflussung in den Beziehungen zum Gläubiger, durch Handlungen auch nur eines Mitschuldners. Doch wird diese Theorie nicht streng durchgeführt, sondern häufig durch Billigkeitsrücksichten und in Hinsicht auf die andere Behandlung bei den älteren von dieser Theorie noch nicht beeinflußten Juristen durchbrochen. Das verhindert die Geschlossenheit des ganzen Rechtsinstitutes in sich selbst und hat große Unübersichtlichkeit und Verwirrung zur Folge. Deshalb wäre diese Lehre entweder streng durchzuführen oder aber ganz auszuschalten. Letztere Möglichkeit schiene mir vorzuziehen, da die radikale Verwirklichung des Gedankens vom mandat tacite zur Ausschaltung seit dem römischen Recht allgemein anerkannter und dauernd angewandter Rechtssätze führen würde, wie z. B. der Regel: res judicata jus facit inter partes.

Im deutschen Recht finden wir den Gedanken einer stillschweigenden Beauftragung zur gegenseitigen Stell-

vertretung nur äußerst selten. So z. B. wird von mehreren in Kanzleigemeinschaft stehenden Rechtsanwälten vermutet, daß jeder auch für das Verschulden des anderen durch Eingehung der Kanzleigemeinschaft die Haftung übernehmen wolle. Die Wirkung gegen ihn tritt hier nur in der einen Richtung, eben bezüglich des Verschuldens, ein und bleibt auch auf einen ganz kleinen Kreis von Fällen beschränkt; das mit Recht, denn bei weiterer Ausdehnung würde eine Abgrenzung ungeheuer schwierig sein und bald wäre eine weitere Beeinflussung der mehreren Obligationen nicht mehr hintanzuhalten.

Die wichtigsten in der Lehre vom mandat tacite wurzelnden Unterschiede in der Behandlung der Solidarität sind folgende; eine denkbar widerspruchsvolle Lösung hat der Schuldnerverzug gefunden. Nach deutschem Recht wirkt er klar abgegrenzt nur gegen den persönlich im Verzug befindlichen Schuldner. Nach französischem Recht dagegen tritt die Wirkung prinzipiell gegenüber allen ein, aber einerseits mit der Einschränkung, daß die nicht im Verzug befindlichen Mitschuldner nur auf den Wert, nicht auf Schadenersatz haften, dagegen wohl, was wieder im Gegensatz zu dieser Lösung steht, auf Verzugszinsen, den Schadensersatz bei nicht rechtzeitiger Erfüllung von Geldschulden.

Ferner wird im Gegensatz zur einheitlichen deutschen und englischen Regelung Vergleich und Novation im französischen Recht verschieden behandelt: der Vergleich soll im Zweifel nur für und gegen den einen Schuldner wirken, mit dem er geschlossen wird, während die Novation im Zweifel alle Mitschuldner von der ursprünglichen Verpflichtung befreit. Die Wirkung des Erlasses hängt zwar in sämtlichen Systemen vom Parteiwillen ab, aber im Zweifel wird im Einklang mit der Tendenz jedes Rechtskreises im deutschen und englischen Recht Erlaß zugunsten nur des einen, im französischen Recht zugunsten aller Mitschuldner vermutet.

Die weit unangenehmsten und allen hergebrachten Regeln widersprechenden Konsequenzen hat die Durchführung der französischen Lehre vom mandat tacite bei der Behandlung der Wirkung der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen verursacht.

Im Verhältnis der Mitschuldner untereinander ist in allen drei Rechtsordnungen grundsätzlich, soweit er nicht durch das Innenverhältnis oder posivitive gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen ist, ein Regreßanspruch des die Leistung Erbringenden gegenüber seinen Mitschuldnern gegeben. Ein auffallender Unterschied macht sich nur in der Art der Übertragung der Forderung des ursprünglichen Gläubigers auf den ihn befriedigenden Schuldner bemerkbar. In Frankreich und Deutschland vollzieht sich der Forderungsübergang ohne Zutun der Parteien kraft des Gesetzes, in England besteht lediglich ein Anspruch des zahlenden Mitschuldners gegen den Gläubiger auf Abtretung seiner Rechte. Diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß schon seit längerer Zeit in den einzelnen Kodifikationen großer Wert auf den automatischen Übergang gelegt wird, während das frühere Recht, noch weniger entwickelt und weniger auf ein beschleunigtes Verfahren angewiesen, allgemein den Forderungsübergang durch cessio necessaria herbeiführt, wie auch unser gemeines Recht und die französischen Juristen des 18. Jahrhunderts. Das englische Recht nun, an das alte case-law gebunden, hat diese Einrichtung noch heute.

Eine weitere prinzipielle Verschiedenheit ist bezüglich der Stellung der einzelnen Systeme zu einer Unterscheidung von echter und unechter Solidarität vorhanden. Hier darf England als am weitesten vorgeschritten bezeichnet werden. Es unterschied von jeher echte und unechte Solidarität, allerdings ohne sich näher über die Konstruktion der einzelnen Fälle auszulassen. Unser deutsches Recht mußte erst über den Einfluß des römischen Rechts und die daran

geknüpften Theorien hinweg zu einer Vereinheitlichung des Begriffs der echten Solidarität im heutigen Sinne gelangen und konnte dieser erst dann eine zweite, unvollkommene Art als unechte Solidarität gegenüber stellen. Das französische Recht endlich kam erst verhältnismäßig spät zu einer wohl auf den Einfluß des römischen Rechts zurückgehenden Unterscheidung zwischen solidarité parfaite und und imparfaite, die ebenso wie unsere gemeinrechtliche Unterscheidung von Korrealität und bloßer Solidarität heute als abgetan gilt. Versuche einer Abgrenzung echter und unechter Solidarität in unserem heutigen Sinn finden wir nur ganz vereinzelt und nicht klar ausgeprägt. Wohl liegt ein Tasten nach derartigen Konstruktionen in den verschiedenen Versuchen, für die einzelnen Fälle, wie z. B. beim Dieb und Versicherer, eine solidarische oder wenigstens solidaritätsähnliche (Bürgschaft) Verpflichtung in das Rechtsverhältnis hineinzukonstruieren. Trotz der infolge der Lehre vom mandat tacite bei der echten Solidarität hervortretenden grundzerschiedenen Einstellung des deutschen und französischen Systems dürften für die Fälle der sogenannten unechten Solidarität alle für das deutsche Recht geltenden Erwägungen auch auf die französischen Verhältnisse übertragbar sein. Denn hier feht ja gerade die innere Verbundenheit der mehreren Obligationen, die durch die Lehre vom mandat tacite noch besonders betont werden sollte. Damit fällt auch die aus ihr abgeleitete verschiedene Behandlung weg, während natürlich die Verbindung durch die Identität des Leistungsgegenstandes bleibt. Auf die Fälle der unechten Solidarität würde auch die Vorschrift des Art. 1202 c. c. selbstverständlich keine Anwendung finden und die Tendenz möglichster Umgehung gesetzlicher Vorschriften wäre damit auch ausgeschaltet.

Das deutsche System darf als das in sich geschlossenste und einheitlichste bei der Behandlung der Solidarität bezeichnet werden, was schon dadurch bedingt ist, daß es

nicht nur in den einzelnen Abschnitten des Gesetzes verstreute Sonderanordnungen solidarischer Verpflichtungen aufweist, sondern im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse eine gut durchgearbeitete Anzahl allgemeiner Vorschriften für alle echten Solidaritätsfälle gibt.

Das englische Recht bietet weniger ein System als vielmehr eine Aneinanderreihung einzelner Fälle, aus denen erst allmählich allgemeine Prinzipien gewonnen werden müssen, die aber immerhin vorhanden sind.

Die Geschlossenheit des französischen Systems dagegen leidet, obwohl hier eine Zusammenfassung allgemeiner Bestimmungen in den Art. 1198—1216 c. c. vorliegt, auffallend an der Unmöglichkeit einer konsequenten Durchführung der Lehre vom mandat tacite. Dadurch widersprechen sich die einzelnen Vorschriften vielfach.

§ 43. Vorschläge de lege ferenda.

Die Entscheidung darüber, ob noch heute im deutschen Recht die Einführung und Fixierung des Begriffs der unechten Solidarität nötig und wünschenswert erscheint, ist Ansichtssache. Einerseits würden dadurch die letzten Zweifel an der Konstruktion und Abgrenzung und an der Berechtigung des Begriffs als selbständige Gruppe gelöst. Andererseits erscheint der Begriff heute bereits so weit geklärt und ausgebildet und seine allgemeine Anerkennung gesichert, daß eine gesetzliche Festlegung nur mehr bestätigende, nicht mehr rechtsschaffende Bedeutung hätte. Trotzdem würde m. E. eine Vervollständigung der gesetzlichen Vorschriften in diesem Sinn zu begrüßen sein.

Ferner wäre in drei Fällen, welche noch heute zum Teil bestritten sind, eine ausdrückliche, gesetzliche Anerkennung der solidarischen Natur der angeordneten Haftung wünschenswert: nämlich in den Fällen der 556, III, 604, III B.G.B. beim Rückforderungsrecht des Verleihers oder Vermieters gegenüber dem Entleiher oder Mieter sowohl

als gegenüber dem dritten Besitzer und weiter bei der nicht gesetzlich geregelten kumulativen Schuldübernahme außerhalb des § 419 B.G.B. durch Vertrag.

Lebenslauf.

Am 22. Februar 1901 als Tochter des damaligen Regierungsaccessisten Dr. Ludwig Schmitt und seiner Frau Hermine, geb. Laux zu Kempten i. Allgäu geboren, besuchte ich von 1907—1910 die Vorschule der Müller'schen Höheren Töchterschule in Regensburg, von 1910—1914 die Beyl'sche Höhere Mädchenschule in Würzburg, von 1914—1917 die Höhere Mädchenschule des Pensionates Zangberg. Von 1918—1921 bereitete ich mich mit einjähriger, durch schwere Krankheit bedingter Unterbrechung auf die Reifeprüfung vor, welche ich im Juli 1921 am Ludwigsgymnasium zu München ablegte.

Seit November 1921 oblag ich dem juristischen und staatswirtschaftlichen Studium an der Universität München, wo ich im Juni und Juli 1925 die Universitätsschlußprüfung mit Erfolg ablegte. Seit September 1925 stehe ich im staatlichen Vorbereitungsdienst.

Die erste Anregung zu meiner Dissertation erhielt ich im Seminar für Rechtsvergleichung des Herrn Geheimrat Rabel, dem ich das Thema meiner Arbeit und wertvolle Anleitung und Ratschläge verdanke. Nachdem Herr Geheimrat Rabel einem Ruf der Universität Berlin gefolgt war, hatten Herr Prof. Müller-Erzbach und Herr Prof. Neumeyer die Güte, meine Arbeit zur Berichterstattung zu übernehmen und mich bei deren Abfassung im Verein mit Herrn Privatdozenten Neuner zu unterstützen. Ihnen allen sei auch an dieser Stelle aufrichtiger Dank für die liebenswürdige Förderung und das meiner Arbeit entgegengebrachte Interesse ausgesprochen.

München, im Juni 1927.

Edith Schmitt.